

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA:
O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO PRECÍPUA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

LUIZA SILVA RODRIGUES

**Florianópolis
2017**

LUIZA SILVA RODRIGUES

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA:
O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO PRECÍPUA DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira

**Florianópolis
2017**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Rodrigues, Luiza Silva

Embargos de divergência : o cumprimento da função
precípua dos tribunais superiores / Luiza Silva Rodrigues ;
orientador, Pedro Miranda de Oliveira - Florianópolis, SC,
2017.

595 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Divergência jurisprudencial. 3.
Tribunais superiores. 4. Código de Processo Civil de 2015.
5. Embargos de divergência. I. Miranda de Oliveira, Pedro
. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Embargos de divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores

LUIZA SILVA RODRIGUES

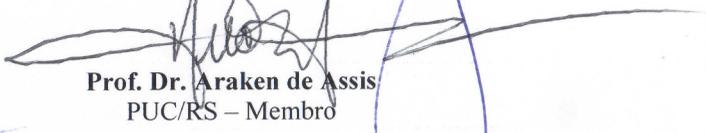
Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



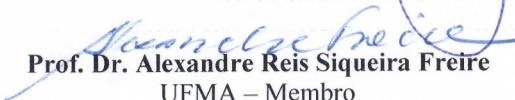
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
UFSC – Orientador



Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
UFSC – Membro



Prof. Dr. Araken de Assis
PUC/RS – Membro



Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire
UFMA – Membro

Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2017.

Dedico este trabalho aos meus pais, Rose e Luiz, e aos meus avós, Dilma e Aleto (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo estímulo, pela inspiração, pelo suporte e, principalmente, pelo amor, base de tudo.

Aos meus familiares e amigos, em especial, a Julia Oliveira e a Nicolle Feller, pelo amparo, pelo companheirismo e pela compreensão nos momentos de ausência.

Aos colegas e amigos do escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados, em especial à minha equipe (Diogo Paulo, Eduardo Paulo, Marcus Vinícius Borges, Lucas Rocha Mendes, Jéssica Costa, Bruna Rabello, Victor Schmitt, Sara Martins, Eduardo Freccia, Renata Silva, Letícia Gnoatton e Matheus Marin) pelo estímulo, pelo apoio e por compartilharem comigo todas as etapas desta trajetória.

Ao Professor Marcus Vinícius Motter Borges, pelo incentivo, pelas opiniões, pelas discussões, pelos apontamentos e pelas contribuições tangíveis e intangíveis durante todo o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Eduardo Mello e Souza, a quem devo a predileção pelo processo civil, por impulsionar a formação e o fortalecimento desta linha de pesquisa na Universidade Federal de Santa Catarina.

Aos Professores Eduardo de Avelar Lamy e Grazielly Alessandra Baggenstoss, pelos pertinentes apontamentos na banca de qualificação, que contribuíram para a lapidação deste trabalho.

Aos Professores Araken de Assis, Alexandre Reis Siqueira Freire e Eduardo de Avelar Lamy, por terem, gentilmente, aceitado o convite para compor a banca examinadora desta dissertação.

Ao Professor Pedro Miranda de Oliveira, em especial, pela confiança, pela cuidadosa orientação, pelas críticas, pelas provocações, pelas valiosas contribuições ao longo de todo o mestrado, pela dedicação e pela maestria com que exerce o magistério. Agradeço, penhoradamente, por tudo.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em especial a Darilê Marques da Matta e ao Luís Felipe Espíndola Gouvêa, pela parceria e pelas contribuições recíprocas ao longo dos dois anos de mestrado.

Aos servidores da Universidade Federal de Santa Catarina,
em especial, àqueles vinculados ao Programa de Pós-Graduação
em Direito, por todo o zelo com que exercem suas funções.

A vida não para, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalbro e tormento.

Razoável e possível é mesmo o meio-termo... razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade.

(Victor Nunes Leal)

RESUMO

A divergência jurisprudencial é tema recorrente, cerne de inquietações no direito brasileiro. Nesse contexto, os tribunais superiores desempenham função de extrema importância por serem constitucionalmente incumbidos de zelar pela unidade do direito. Dentro dessa temática, o objetivo deste trabalho é analisar, criticamente, os embargos de divergência na configuração que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), como meio processual adequado à eliminação dos dissídios jurisprudenciais endógenos aos tribunais superiores. Para a realização de tal escopo, adotou-se o método de abordagem dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. O trabalho se subdivide em três capítulos. O primeiro capítulo se dedica a situar a segurança jurídica como fundamento do Estado Constitucional brasileiro, analisando seus efeitos na função jurisdicional, especialmente na perspectiva da calculabilidade e da confiabilidade do direito. O segundo discorre sobre os tribunais superiores (em especial, sobre a função que desempenham no direito brasileiro), explora o conceito de divergência jurisprudencial e trata dos meios recursais aptos a combater os dissídios à luz do direito processual civil brasileiro. Por fim, o terceiro capítulo examina os embargos de divergência como meio apto à supressão de divergências jurisprudenciais internas aos tribunais superiores, abordando suas nuances, à luz do CPC/2015. Cumpridos os objetivos, conclui-se que, a despeito da Lei n. 13.256/2016 (que tornou natimortas importantes previsões consubstanciadas na versão original do CPC/2015), o recurso foi mais bem regulamentado e assumiu maior importância no bojo da nova sistemática processual civil, como meio apto a elidir, em último grau, os dissídios jurisprudenciais, e a conferir univocidade interpretativa ao direito brasileiro.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Divergência jurisprudencial. Tribunais superiores. Código de Processo Civil de 2015. Embargos de divergência.

ABSTRACT

The jurisprudential divergence is a recurring theme, reason of concerns in Brazilian law. In this context, the supreme courts play an extremely important role because they are constitutionally responsible for ensuring the unity of law. Within this theme, the objective of this study is to analyze, critically, what is foreseen for the “embargos de divergência” in the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/2015), as the appropriated procedural means to eliminate the endogenous dissidents to the supreme courts. To achieve such a scope, the method of deductive approach was adopted and the bibliographic research system. The paper is subdivided into three chapters. The first chapter focuses on legal security as the foundation of the Brazilian Constitutional State, analyzing its effects on the jurisdictional function, specially from the perspective of calculability and the reliability of the law. The second analyzes the supreme courts (in particular, the role they play in Brazilian law), the concept of jurisprudential divergence, and the means of appeals that are capable to combat dissidents in the light of the Brazilian civil procedure law. Finally, the third chapter examines the “embargos de divergência” as a suitable means to suppress the internal jurisprudential divergences from the supreme courts, addressing their nuances in the light of CPC/2015. Achieved the objectives, it's concluded that despite of the Law n. 13.256/2016 (which made stillborn important predictions found in the original version of CPC/2015), this appeal was improved and assumed greater importance for the new civil procedure system, as an able mean to eliminate, in the last degree, jurisprudential divergence, and to provide an interpretive univocity to Brazilian law.

Keywords: Legal certainty. Jurisprudential divergence. Supreme courts. Civil Procedure Code of 2015. “Embargos de divergência”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 SEGURANÇA JURÍDICA NA FUNÇÃO JURISDICIONAL	25
1.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	29
1.1.1 Previsão do princípio na Constituição Federal de 1988.....	35
1.1.2 Segurança jurídica como “fato” e como “norma-princípio”	45
1.1.3 Segurança jurídica como “cognoscibilidade”, “confiabilidade” e “calculabilidade”	48
1.1.4 Segurança jurídica pelo viés normativo: da elaboração à aplicação das normas	55
1.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA FUNÇÃO JURISDICIONAL: ENTRE A CALCULABILIDADE E A CONFIABILIDADE DO DIREITO.....	63
1.2.1 Abandono da legalidade estrita e valorização das decisões judiciais: a superação do paradigma positivista	68
1.2.2 Função interpretativa dos órgãos julgadores e sua contribuição para o desenvolvimento do direito.....	86
1.2.3 Jurisprudência e seus reflexos no processo civil brasileiro	102
1.2.4 Necessária previsibilidade dos julgamentos e estabilidade das relações jurídicas.....	116
2 TRIBUNAIS SUPERIORES, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E MEIOS RECURSAIS DE CONTENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	125
2.1 OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A FUNÇÃO DE OUTORGA DE UNIDADE AO DIREITO	127
2.1.1 Tribunais superiores, influências estrangeiras e a ideia de “cortes superiores” e “cortes supremas”.....	129
2.1.2 O Supremo Tribunal Federal antes da Constituição Federal de 1988.....	153
2.1.3 A Constituição Federal de 1988 e a criação do Superior Tribunal de Justiça.....	161
2.1.3.1 Alterações funcionais e estruturais.....	161

2.1.3.2	O Supremo Tribunal Federal e o <i>status</i> de Corte Constitucional	163
2.1.4	Função precípua do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: univocidade interpretativa da legislação federal e constitucional	167
2.2	CRISE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	173
2.2.1	Os recursos excepcionais e a sobrecarga dos tribunais superiores	174
2.2.2	A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a “Reforma do Judiciário”	178
2.2.3	As ameaças sobre a função exercida pelos tribunais superiores e a disseminação de entendimentos jurisprudenciais dissonantes	195
2.3	DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E MEIOS RECURSAIS DE CONTENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO 198	
2.3.1	Divergência como meio de provocar a evolução do direito	199
2.3.2	Divergência como ameaça à segurança jurídica	203
2.3.3	Divergência interna e externa	211
2.3.4	Meios recursais de contenção da divergência jurisprudencial no direito brasileiro	217
2.4	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E SUPRESSÃO DE POSICIONAMENTOS DISSONANTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	235
2.4.1	Natureza jurídica dos embargos de divergência	237
2.4.2	Origens dos embargos de divergência no direito brasileiro	252
2.4.2.1	Decreto-Lei n. 6 de 1937	258
2.4.2.2	Código de Processo Civil de 1939	258
2.4.2.3	Código de Processo Civil de 1973	263
2.4.2.4	Código de Processo Civil de 2015	271
3	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	277
3.1	REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE	278
3.1.1	Requisitos intrínsecos	288
3.1.1.1	Cabimento	289
3.1.1.2	Legitimidade recursal	290
3.1.1.3	Interesse recursal	297

3.1.1.4	Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer	302
3.1.2	Requisitos extrínsecos	312
3.1.2.1	Tempestividade	312
3.1.2.2	Preparo	329
3.1.2.3	Regularidade formal	335
3.2	HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO	342
3.2.1	Acórdão recorrido que, em recurso extraordinário ou recurso especial, divergir de julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo ambos os acórdãos (recorrido e paradigma) de mérito	343
3.2.2	Acórdão recorrido que, em recurso extraordinário ou 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	351
3.2.3	Acórdão recorrido proferido pelo mesmo órgão fracionário que julgou o acórdão paradigma, desde que tenha havido substancial alteração da composição	356
3.2.4	Acórdão recorrido que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, julga recurso especial ou recurso extraordinário	361
3.3	QUESTÕES POLÊMICAS E HIPÓTESES DE (DES)CABIMENTO DO RECURSO	370
3.3.1	Acórdão recorrido que, em recurso extraordinário ou recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo ambos os acórdãos (recorrido e paradigma) relativos ao juízo de admissibilidade	371
3.3.2	Acórdão recorrido proferido em processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal	381
3.3.3	Acórdão recorrido proveniente de julgamento de recurso ordinário	382
3.3.4	Acórdão paradigma proveniente de órgão fracionário que não mais possui competência para julgar a questão	386
3.3.5	Decisões da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e do Plenário do Supremo Tribunal Federal	388
3.3.6	Acórdão proveniente de julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo	390

3.3.7	Decisão monocrática: nem como objeto de recurso nem como paradigma	396
3.3.8	Interposição de embargos de divergência pela via adesiva	402
3.3.9	Interposição conjunta de embargos de divergência e recurso extraordinário contra acórdão que julgou recurso especial	404
3.4	A “DIVERGÊNCIA” QUE ENSEJA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO E SUAS CARACTERÍSTICAS	407
3.4.1	Divergência de cunho material ou processual	407
3.4.2	Necessária similitude fática entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma	409
3.4.3	Contornos semânticos da “divergência atual”	413
3.4.4	Demonstração da divergência: cotejo analítico entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma	416
3.4.5	Divergência notória e confronto de ementas	423
3.4.6	Aresto divergente proferido por unanimidade ou por maioria: a irrelevância da questão	426
3.5	EFEITOS DO RECURSO	427
3.5.1	Efeito obstativo	428
3.5.2	Efeito interruptivo	428
3.5.3	Efeito devolutivo	434
3.5.4	Efeito translativo	439
3.5.5	Efeito suspensivo	444
3.5.6	Efeito substitutivo	448
3.5.7	Efeito expansivo	450
3.6	ASPECTOS ATINENTES AO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	453
3.6.1	Distribuição do recurso e juízo prévio de admissibilidade	454
3.6.2	Pedido de tutela provisória recursal	460
3.6.3	Instauração do contraditório: intimação do embargado para apresentar contrarrazões	462
3.6.4	Competência para o julgamento do recurso	463
3.6.5	Julgamento do recurso de forma monocrática	466
3.6.6	Julgamento dos embargos de divergência pelo procedimento de recursos repetitivos: EREsp n. 1.403.532/SC	471
3.6.7	Sobrestamento dos embargos de divergência em razão de afetação ao rito de recursos repetitivos	479

3.6.8 Desistência dos embargos de divergência pelo recorrente e julgamento do direito em tese.....	481
3.6.9 Vedação ao reexame de fatos e provas.....	483
3.6.10 Apreciação de questões de ordem pública.....	485
3.6.11 Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i> e a fixação de tese não suscitada no recurso	489
3.6.12 Majoração dos honorários advocatícios no julgamento dos embargos de divergência.....	495
3.6.13 Características do acórdão que julga os embargos de divergência.....	497
3.7 FORMAS DE INSURGÊNCIA CONTRA DECISÕES QUE JULGAM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	500
3.7.1 Embargos de declaração	501
3.7.2 Agravo interno.....	505
3.7.3 Recurso extraordinário	506
3.8 EFICÁCIA DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	508
3.8.1 Dever de observância das decisões proferidas em sede de embargos de divergência pelo próprio tribunal e pelos tribunais hierarquicamente inferiores.....	512
3.8.2 Julgamento de improcedência liminar do pedido.....	516
3.8.3 Concessão de tutela de evidência.....	519
3.8.4 Dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença	523
3.8.5 Viabilidade de dispensa da remessa necessária	524
3.8.6 Negativa de seguimento a recursos excepcionais interpostos contra decisões em conformidade com a tese jurídica fixada em julgamento de embargos de divergência.....	525
3.8.7 Provimento e desprovimento de recursos consonantes ou dissonantes da tese jurídica fixada em julgamento de embargos de divergência	527
3.8.8 Presunção de existência de repercussão geral.....	529
3.8.9 Cabimento de reclamação em caso de inobservância da tese fixada em embargos de divergência	532
CONCLUSÃO	535
REFERÊNCIAS	543

INTRODUÇÃO

A divergência jurisprudencial há muito figura no âmago de discussões doutrinárias e de alterações legislativas no direito brasileiro: enveredam-se esforços à contenção dos dissídios, que traduzem distinções ilegítimas, ferem a isonomia e frustram a segurança jurídica. Os tratamentos díspares conferidos a situações equânimes não se justificam à luz do Estado Constitucional brasileiro, que tem como um de seus fundamentos o princípio da segurança jurídica.

Por expressa previsão constitucional, compete ao Superior Tribunal de Justiça zelar pela uniformidade de aplicação da lei federal e ao Supremo Tribunal Federal promover a guarda da Constituição. Como órgãos que figuram no ápice do Poder Judiciário, esses tribunais desempenham função de suma importância que é, justamente, promover a uniformização da jurisprudência e zelar pela univocidade interpretativa do direito, seja ele de cunho constitucional ou federal. Referida função, inspirada nas Cortes de Cassação francesa e italiana, traduz o caráter publicístico do processo, voltado à tutela do direito objetivo (função nomofilática) e não à justiça do caso concreto. Ocorre que o acúmulo de processos nos tribunais superiores muitas vezes desvirtua – senão inviabiliza – o desempenho dessa função, dando azo à disseminação de entendimentos jurisprudenciais dissonantes acerca da mesma questão de direito.

Nesse contexto, não obstante os demais meios de impugnação que compõem a sistemática recursal brasileira, voltados à eliminação de dissídios jurisprudenciais, os embargos de divergência assumem papel de extrema relevância na medida em que concebidos para elidir controvérsias verificadas dentro dos próprios tribunais superiores. Em outros termos, os embargos de divergência prestam-se a extirpar aquilo que constitui uma contradição em termos, isto é, a existência de dissídios jurisprudenciais no interior dos próprios tribunais incumbidos de zelar pela unidade do direito.

A proposta deste estudo erige-se, portanto, sobre os embargos de divergência, embora não se olvidem outros mecanismos previstos na legislação processual civil que buscam prevenir ou combater a dispersão jurisprudencial. A despeito da importância inerente ao recurso, no direito brasileiro é escassa a literatura específica sobre o tema.

Assim, o interesse no desenvolvimento deste trabalho funda-se, justamente, na investigação de um assunto pouco explorado pela doutrina nacional, cuja importância é inquestionável à luz da conformação do Poder Judiciário brasileiro e à luz da competência constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores, porquanto seja meio passível de ensinar a uniformização da jurisprudência em último grau. Daí se deduz a relevância e a pertinência do tema, especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que promoveu alterações significativas na seara recursal.

Feitas essas breves digressões, com a apresentação e a contextualização do objeto de pesquisa, destaca-se que o objetivo geral do presente trabalho é analisar, criticamente, os embargos de divergência como meio processual adequado à eliminação dos dissídios jurisprudenciais endógenos aos tribunais superiores, na configuração que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Como objetivos específicos, pretende-se, em primeiro lugar, analisar o princípio da segurança jurídica como fundamento do Estado Constitucional brasileiro e seus efeitos na função jurisdicional, especialmente na perspectiva da calculabilidade e da confiabilidade do direito. Em segundo lugar, intenta-se estudar os tribunais superiores e sua respectiva função de outorga de unidade ao direito, bem como explorar o conceito de divergência jurisprudencial, as ameaças perpetradas ao princípio da segurança jurídica e os meios recursais voltados à eliminação de tais dissídios, com vistas à uniformização interpretativa (entre os quais, os embargos de divergência). Por fim, ainda como objetivo específico, figura a intenção de examinar os embargos de divergência como meio apto à supressão de posicionamentos dissonantes nos órgãos de superposição (cuja função precípua é a uniformização jurisprudencial), abordando suas nuances à luz do CPC/2015, a eficácia das decisões que deles decorrem e o seu condão de irradiar segurança jurídica.

Com o intuito de atingir o escopo deste trabalho, adotou-se, no seu desenvolvimento, o método de abordagem dedutiva, partindo-se de argumentos gerais fornecidos pelas teorias de base para chegar a conclusões formais e particulares que tangem à eficácia dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência. Empregou-se o método de procedimento

monográfico e adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, reunindo dados secundários – legislações, doutrinas e jurisprudência – hábeis a compor o arcabouço teórico necessário às digressões, às discussões e às críticas tecidas ao longo do trabalho.

Em seu aspecto formal, à vista do exposto, o presente trabalho se encontra estruturado em três capítulos, que correspondem, em exata medida, aos três objetivos específicos supramencionados.

No primeiro capítulo, situa-se a segurança jurídica como princípio que fundamenta o Estado Constitucional brasileiro e se decompõe em diferentes vieses, entre os quais se destacará: a segurança jurídica como fato e como norma-princípio; a segurança jurídica como cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade; e, por fim, a segurança jurídica pelo viés normativo (tanto na elaboração quanto na aplicação das leis). Ato contínuo, aborda-se a segurança jurídica na função jurisdicional, que desafia a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas.

No segundo capítulo, discorre-se sobre os tribunais superiores brasileiros e a função que lhes foi constitucionalmente atribuída, sem se furtar a uma breve incursão histórica, enfatizando a configuração dessas cortes, inspirada no direito estrangeiro, e suas alterações funcionais e estruturais. Ato contínuo, examinam-se a crise dos tribunais superiores e as tentativas de superação, sobrelevando os efeitos do acúmulo de processos sobre o funcionamento e sobre a função precípua desses tribunais. Em seguida, enfrenta-se a divergência jurisprudencial, tanto endógena quanto exógena aos tribunais, e sua valoração à luz da segurança jurídica. Após, passa-se a discorrer sobre os meios recursais de contenção dos dissídios jurisprudenciais no direito brasileiro, tanto na instância ordinária quanto na instância extraordinária. Entre esses meios figuram os embargos de divergência – destacados como objeto do presente estudo –, cuja origem e natureza jurídica são abordadas no fim do segundo capítulo.

O terceiro e último capítulo constitui o cerne deste trabalho, momento em que se analisam criticamente os embargos de divergência na conformação que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015. Inaugura-se o capítulo com a análise dos requisitos de admissibilidade do recurso,

especialmente, o seu cabimento – abordando as hipóteses de cabimento, as hipóteses de (des)cabimento e questões polêmicas, e a “divergência” que enseja a interposição do recurso. Segue-se o exame dos efeitos dos embargos de divergência, dos aspectos atinentes ao seu procedimento e das formas de insurgência contra as decisões que julgam o recurso. Por fim, trata-se da eficácia dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência, à luz da sistemática processual civil brasileira, como substrato para avaliar em que medida as orientações firmadas no julgamento do recurso contribuem para a uniformização da jurisprudência e para concretizar o princípio da segurança jurídica na função jurisdicional.

1 SEGURANÇA JURÍDICA NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A tutela dos direitos é imanente à vida em sociedade.¹ A partir do momento em que é vedada a autotutela, ao Estado incumbe tomar as providências cabíveis a fim de que tais direitos sejam observados, respeitados e eventualmente reparados.²

Nesse enleio, a função jurisdicional desponta como forma de viabilizar a tutela em juízo, mediante o direito de ação.³ É garantido a todos o acesso à justiça⁴, compreendido tanto no âmbito formal quanto no material, a fim de que possam instar o Poder Judiciário e, em resposta, obter uma tutela célere, efetiva e tempestiva.⁵ Tal garantia aproveita não só aos particulares, que

¹ Conforme lição de Miguel Reale, “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade” (*Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2).

² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 39.

³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Jurisdição. In: _____; GOMES, Fábio (Coord.). *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 62. Nas palavras do autor, a jurisdição é “uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado. E o meio através do qual se desencadeia a atividade jurisdicional denomina-se ação” (*Idem*).

⁴ Como pontuam Mauro Cappelletti e Bryan Garth, o conceito teórico de acesso à justiça sofreu sensíveis alterações com o advento do Estado Social (*Welfare State*). Assim, pressupõe-se não só o acesso, em seu sentido formal, como também em seu sentido material, porquanto nada adiantam as garantias se não houver meios à disposição dos indivíduos para reivindicá-las. Concluem os autores, nesse sentido, que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (*Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 11-12).

⁵ A celeridade e a tempestividade da prestação jurisdicional foram consagradas no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Prevê o texto constitucional que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a

pretendem ver seus conflitos solucionados em juízo, mas também à coletividade, tendo em vista que muitos direitos são coletivos, individuais homogêneos e/ou difusos, os quais também merecem ser resguardados.

É cediço que o processo civil constitui um meio à consecução de um fim – qual seja, a tutela do direito material.⁶ E de nada adianta viabilizar o acesso ao Poder Judiciário sem a garantia de que a tutela jurisdicional será prestada em um tempo razoável, compreendendo inclusive a fase satisfativa, que propriamente reverbera efeitos no mundo dos fatos.⁷ Também não basta que essa tutela seja concedida à revelia de quaisquer critérios, em dissonância com as garantias previstas na Constituição.

Assim, não basta assegurar a inafastabilidade da jurisdição sem garantir, também, isonomia⁸ e segurança jurídica aos jurisdicionados: isonomia para que todas as situações semelhantes sejam tratadas de forma idêntica; e segurança para a necessária previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas, cultivando confiança em relação à atividade jurisdicional.⁹

Um olhar histórico denuncia ser um desafio concretizar tais princípios no exercício da função jurisdicional, especialmente após a mudança de paradigma que representou a superação do positivismo jurídico¹⁰. Quando se admite a falibilidade da

celeridade de sua tramitação” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1. p. 186.

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 139.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 24.

⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 677-678.

¹⁰ O positivismo jurídico nasce na tentativa de atribuir, ao direito, o caráter de ciência (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de*

atividade legislativa (porquanto a lei não é capaz de prever todas as situações possíveis e imagináveis) e se concebe a função interpretativa dos órgãos julgadores (que ultrapassa, em muito, a simples declaração do sentido da lei), voltam-se as atenções à aplicação da lei e aos critérios que norteiam a prolação das decisões judiciais.

Eis a razão pela qual o ordenamento jurídico¹¹ deve ser visto por uma ótica sistêmica¹², como conjunto de regras e princípios que encontram fundamento de validade¹³ em uma norma fundamental: a Constituição Federal.¹⁴ Assim, aos

filosofia do direito. Tradução de Márcio Puglilesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135).

¹¹ Para Santi Romano, o ordenamento jurídico não se limita a um conjunto de normas; é, sim, “uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, elas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento da sua estrutura” (*O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 69).

¹² Na dicção de Alf Ross, “um ordenamento jurídico nacional é um conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do Estado” (*Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 58).

¹³ Ao versar sobre a supremacia material da Constituição, Carlos Mário da Silva Velloso explica que “toda ordem jurídica tem seu fundamento de validade na Constituição, mesmo porque é ela a origem de toda a atividade jurídica. Sendo assim, a Constituição é, necessariamente, superior a essa ordem jurídica, constituindo a regra ou a lei fundamental” (Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 72).

¹⁴ É cediço que a Constituição pode ser vista sob dois aspectos: formal e material. Acerca da sua dimensão material, comentam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Bonet Branco: “a Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos

tribunais superiores¹⁵ compete a função precípua de conferir univocidade interpretativa ao direito, tanto federal quanto constitucional – o que, no Brasil, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Todavia, a configuração desses tribunais brasileiros (que sofreu influência de modelos estrangeiros)¹⁶, seja pelo viés estrutural, seja pelo viés de suas competências, culminou em uma vultosa sobrecarga de trabalho que, muitas vezes, inviabiliza o cumprimento da função que lhes é primordial. Cabe discutir, então, qual a real conformação dessas cortes – se são *Cortes Superiores* ou *Cortes Supremas* –, em contraponto à função que lhes é atribuída constitucionalmente.¹⁷

Feitas essas breves digressões, destaca-se que o objetivo, neste primeiro capítulo, é justamente situar a segurança jurídica como fundamento do Estado Constitucional brasileiro, que se prospecta por diferentes vieses. Em seguida, salienta-se a importância de se atribuir previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas e aborda-se o protagonismo exercido pelos órgãos de cúpula nesse mister.

da sociedade plural” (*Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57).

¹⁵ Esclareça-se que, para os fins deste trabalho, sempre que se fizer referência aos “tribunais superiores”, estar-se-á referindo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF) – muito embora não se olvide a existência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do Superior Tribunal Militar (STM) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Outrossim, com o propósito de evitar repetições da expressão “tribunais superiores”, utilizar-se-ão as designações “cortes superiores”, “cortes de vértice”, “órgãos de cúpula” e “órgãos de superposição” como sinônimos, sem olvidar que, para alguns autores, a denominação atribuída ao tribunal guarda relação com a função que exerce em determinado ordenamento jurídico – por isso a classificação em “cortes supremas” e “cortes superiores” como se verá na seção 1.3 deste trabalho.

¹⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

¹⁷ O que será desenvolvido no segundo capítulo deste trabalho.

1.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Com assento na Constituição Federal, a segurança jurídica é garantia que constitui fundamento do Estado Constitucional brasileiro. Essa compreensão do Estado como *Constitucional* erige-se não só no fato de haver uma Constituição formalmente posta, a reger a vida comum, mas também no fato de ser, essa Constituição, o fundamento de validade de todas as normas (a *norma fundamental* kelseniana).¹⁸ A tais características soma-se o viés democrático, que atribui ao povo o poder de governar, mediante representantes eleitos¹⁹, e também integra o modelo de Estado brasileiro.

Assim, diz-se que o Estado Constitucional (Democrático de Direito)²⁰ possui uma dimensão formal e uma dimensão material.²¹ Formalmente, trata-se de um modelo de Estado

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 390. A alusão que ora se faz a Kelsen, objetiva, tão somente, resgatar a ideia de norma fundamental desenvolvida pelo autor, sem aderir à sua concepção de Estado de Direito (como Estado Legal, capaz de legitimar inclusive regimes ditatoriais, porquanto se restrinja ao formalismo da lei).

¹⁹ Conforme artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

²⁰ O Estado Democrático de Direito, na dicção de José Afonso da Silva, “é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir” (*Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120).

²¹ Como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, “a constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia

pautado na separação dos poderes, regido por normas dispostas em ordem hierárquica, que desempenha a tutela jurisdicional de direitos. Materialmente, o Estado busca a proteção dos direitos fundamentais, que exercem papel contramajoritário e servem de parâmetro à aplicação da lei.²² Em ambas as searas (formal e material) figura a garantia da segurança jurídica²³ como “expressão inarredável do Estado de Direito”.²⁴

Fixadas essas premissas, compreende-se a importância de se ter firmado uma ordem constitucional rígida²⁵ no direito brasileiro, especialmente após a Constituição Federal de 1988, de

da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o *primado do direito* do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão [Grifos do autor]” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245-246).

²² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 65. Nas palavras do autor, “o Estado Democrático Constitucional é a junção do direito constitucional e da democracia, ou seja, um Estado de Direito no qual os direitos fundamentais individuais e coletivos exercem o papel contramajoritário e no qual a lei e os atos dos poderes públicos estão submetidos à constituição” (*Idem*).

²³ PEIXOTO, Ravi. *Superação de precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 79.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90. Nas palavras do autor, “para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional” (*Idem*).

²⁵ Como leciona Antônio de Sampaio Doria, rígida “é a constituição codificada, quando o processo de suas emendas ou reformas é mais complicado que o da elaboração das leis ordinárias” (Constitucionalidade das leis. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 25). Noutra senda, é considerada flexível “a constituição cujos artigos podem ser alterados ou revogados, pelo mesmo processo com que se revogam ou alteram as leis ordinárias” (*Idem*).

notável influência garantista.²⁶ A despeito das críticas em relação à sua extensão – e à sua ingerência em algumas matérias, ao prever direitos e garantias com detalhamento típico de leis infraconstitucionais²⁷ –, fato é que a Constituição Federal de 1988 é um marco no direito brasileiro porque põe fim a períodos ditatoriais e inaugura uma era de garantias.

A opção por uma Constituição rígida²⁸, com cláusulas pétreas e exigência de emendas constitucionais para eventuais alterações²⁹, garante a higidez do ordenamento jurídico enquanto sistema que se pretende coeso e estável. Como fundamento de validade de todas as normas que compõem o direito brasileiro, é essencial que a Constituição Federal não seja passível de alterações tal qual a legislação infraconstitucional. Eis a gênese

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257.

²⁷ Ao se pronunciar acerca da extensão e da abrangência temática da Constituição, Inocêncio Mártires Coelho consignou ser uma carta “analítica e sobrecarregada”. O autor reconhece a importância das previsões consubstanciadas no texto constitucional e também faz referência às críticas que acusam tratar-se de uma “prodigalidade irresponsável”, na medida em que as garantias e os direitos representariam excessivo ônus ao erário (Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63).

²⁸ José Afonso da Silva esclarece que “rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares [Grifo do autor]” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 42).

²⁹ Com fulcro no artigo 60 da Constituição Federal, *in verbis*: “a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago. 2016).

daquilo que se denomina “segurança na lei”³⁰ – concepção que será abordada, com mais vagar, na seção 1.1.4.

Ademais, se a lei é incapaz de prever todas as situações possíveis e imagináveis a serem tuteladas pelo direito e se a função jurisdicional extrapola os limites da mera declaração do sentido da lei, então é necessário que também as decisões judiciais (frutos do officio judicante) reverberem segurança jurídica. Para tal, devem ser proferidas em consonância com princípios e garantias consubstanciados na Constituição Federal – notadamente, os direitos fundamentais – e com fulcro nos critérios hermenêuticos consagrados no direito brasileiro. Daí exsurge a noção de “segurança na aplicação da lei”³¹, que também será objeto de estudo, na seção 1.1.4.

Há, portanto, um viés mais rígido, que perpassa a essência da Constituição Federal e se reflete no controle de conteúdo das normas³² e um, mais maleável, posto à disposição dos operadores do direito, para os casos em que a aplicação da lei demande maior atividade interpretativa.³³ Essa dupla feição é apontada por Hermes Zaneti Júnior como característica dos ordenamentos

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 152.

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

³² Para Luigi Ferrajoli, “o constitucionalismo rígido [...] não é uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo” (Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22).

³³ É o caso dos direitos e das garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, que constituem *elementos limitativos* porquanto “limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito” (AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 44).

constitucionais contemporâneos que são, ao mesmo tempo, *nomostáticos e nomodinâmicos*.³⁴

A segurança jurídica se decompõe em vários feixes, irradiando efeitos aos operadores do direito e aos jurisdicionados. Nas palavras de Daniel Mitidiero, “a *segurança jurídica* impõe *imediatamente* a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como *meio geral* para obtenção da tutela dos direitos [Grifos do autor]”. Eis o motivo pelo qual a segurança jurídica se reveste de tamanha importância, a ponto de ser erigida ao *status* de fundamento do Estado Constitucional brasileiro.³⁵

A propósito, é pertinente sobrelevar que a segurança jurídica é objetivo perseguido também por ordenamentos jurídicos estrangeiros, independentemente de pertencerem, historicamente, ao sistema do *civil law* ou do *common law*.³⁶ Então, seja com maior apreço ao direito legislado ou ao direito aplicado, o que se pretende é garantir uma tutela jurisdicional

³⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 320. O autor defende que “os ordenamentos constitucionais contemporâneos são constituídos por uma dupla feição: nomostáticos e nomodinâmicos. Nomostáticos, estáveis, do ponto de vista do controle substancial de conteúdo das normas a partir dos princípios de direito natural positivados nas constituições como direitos fundamentais. Nomodinâmicos, com margem de discricionariedade, do ponto de vista formal e do reconhecimento da autonomia legislativa dentro das margens de liberdade de conformação material deixadas pelo ordenamento constitucional substancial” (*Idem*).

³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 17. Da mesma forma, segundo Humberto Theodoro Junior, o Estado Democrático de Direito é “impensável fora da garantia da segurança jurídica” (Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 389, p. 11-51, mar. 2010. p. 13).

³⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 57, v. 384, p. 53-62, out. 2009. p. 53-54; MARIONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

efetiva e que gere confiabilidade, previsibilidade e estabilidade aos jurisdicionados.³⁷

O direito brasileiro advém de uma tradição de *civil law*: desde o período pós-independência, a regulação dos direitos se dava mediante a aplicação das Ordenações portuguesas.³⁸ Portanto, a lei e o princípio da legalidade sempre ocuparam posição de destaque no direito brasileiro, cenário este que não se altera com o crescente prestígio que é conferido às decisões judiciais. Ademais, no Brasil há um *sistema jurídico híbrido*, inaugurado com a Constituição Federal de 1891, que adotou o parâmetro norte-americano no que concerne ao processo constitucional (com freios e contrapesos, *checks and balances*, *judicial review* e *remedies precede rights*) e o parâmetro francês no que tange ao processo civil (princípio da legalidade).³⁹

A despeito de o Brasil ser afeito ao sistema de *civil law*, não se olvida a importância que têm exercido os órgãos julgadores no desenvolvimento do direito brasileiro, em especial, os órgãos de cúpula – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Aliás, é fundamental que se cultive uma

³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, explicita que ambos constituem elementos constitutivos do Estado de direito e “andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257).

³⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 178.

³⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 66. Diz o autor que “da ligação entre um sistema da legalidade (L’État Légal e Rechstaat – códigos e predominância do poder legislativo) e um sistema de controle de poder baseado na Constituição Norte-Americana e no *common law* (Rule of Law – controle dos poderes e vinculatividade das decisões judiciais em um sistema de freios e contrapesos) surgiu a particularidade híbrida do ordenamento brasileiro” (*Idem*).

univocidade interpretativa da legislação, constitucional e infraconstitucional, a fim de conferir coerência ao ordenamento jurídico e de garantir maior segurança jurídica.

Mais do que resolver os casos submetidos à sua apreciação, devem os órgãos de superposição primar pela correta aplicação da lei. Nesse sentido, o caráter publicístico do processo civil ganha contornos mais nítidos à medida que se reconhece a importância da atuação dos tribunais superiores na lapidação e no desenvolvimento do direito⁴⁰ – como se verá, em especial, na seção 1.3. Por ora, impende discorrer sobre a segurança jurídica, que encontra substrato na Constituição Federal de 1988.

1.1.1 Previsão do princípio na Constituição Federal de 1988

Segurança jurídica é princípio que tem arrimo na Constituição Federal e se encontra imiscuído em vários dos seus dispositivos. Logo no preâmbulo do texto constitucional, consagra-se como objetivo do Estado Democrático brasileiro, assegurar a segurança, a liberdade, a igualdade e a justiça, que são erigidos a “valores supremos”⁴¹. Muito embora se discuta o

⁴⁰ Com acerto, Daniel Mitidiero pontua que “o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica” (*Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 16).

⁴¹ Incumbe destacar a íntegra do preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

caráter normativo do preâmbulo⁴², não há como olvidar a importância de que se reveste, em especial quanto à interpretação e à aplicação do direito constitucional.⁴³ Daí porque, ao elencar a garantia da segurança⁴⁴ entre os objetivos do Estado brasileiro, o

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁴² Como ressei do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2.076, diversas são as correntes doutrinárias em torno do assunto. Na ocasião, o STF entendeu que o preâmbulo “não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.076. Relator Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 15 agosto 2002. Publicação 08.08.2003. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiP6KOKzNPOAhVLHZAKHc03DEEQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Ffredir.stf.jus.br%2Fpaginador%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D375324&usg=AFQjCNHgvk2hQODCXMK_ga0LHZxe9xf3Gg&sig2=uiE6eHjSq-S9ICwCabwrRw>.

Acesso em: 21 ago. 2016).

⁴³ Nesse mister, “não se pode recusar ao Preâmbulo um relevante papel, todavia, no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional. Ao desvendar as linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem a sua concepção, o Preâmbulo se torna de préstimo singular para a descoberta do conteúdo dos direitos inscritos na Carta e para que se destinem as finalidades dos institutos e instituições a que ela se refere; orienta, enfim, os afazeres hermenêuticos do constitucionalista” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 78).

⁴⁴ Note-se que a menção à segurança é feita, pela Constituição, de maneira genérica. Tal utilização, explicita Ingo Wolfgang Sarlet, “faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais

legislador originário de 1988 expressa o relevo conferido a este princípio na esfera constitucional.

A segurança, entendida pelo prisma jurídico, dá sustentação a várias regras e princípios insculpidos na Constituição Federal. Notadamente no artigo 5º, faz-se presente nos princípios da legalidade (“II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), da inafastabilidade da tutela jurisdicional (“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), do devido processo legal (“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada⁴⁵ (“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). Impende discorrer, de forma breve, sobre esses influxos de segurança jurídica imiscuídos em dispositivos constitucionais.

O princípio da legalidade traz, em seu bojo, o cerne do positivismo jurídico, ao prever a lei como fator de regulação das condutas sociais.⁴⁶ Dotadas de abstração e de generalidade – porquanto contenham suporte fático aberto e obriguem a todos, sem distinção – as leis também têm por escopo conferir

conhecidas” (A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p. 88).

⁴⁵ A coisa julgada é apontada por José Joaquim Gomes Canotilho como uma das “refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257).

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Art. 5º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243-244. Observam os autores que “o princípio da legalidade, tal qual incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) ou ao Estado de Polícia (*Polizeistaat*) dos séculos XVII e XVIII. [...] O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito, impera o governo das leis, e não dos homens (*rule of law, not of men*) [Grifos do autor]” (*Idem*).

previsibilidade aos jurisdicionados. Em razão disso, o advento de uma nova lei, regra geral, não atinge situações jurídicas já consolidadas, tendo eficácia prospectiva (princípio da irretroatividade das leis).⁴⁷ Apenas em situações excepcionais se autoriza que a lei tenha eficácia retrospectiva, observados alguns limites. Daí porque se fala em segurança na lei: justamente por consistir em um fator que torna previsível a atuação dos sujeitos e do Estado.

Arelada ao princípio da legalidade está a garantia de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Erigidas à categoria de cláusulas pétreas – portanto, impassíveis de alteração por emenda constitucional – tais garantias são essenciais à estabilidade das relações jurídicas. O direito adquirido⁴⁸ não pode ser suprimido por lei superveniente, visto já se ter incorporado à esfera jurídica do indivíduo. Mais do que quebra de expectativa legítima, tolher o exercício de um direito já obtido perpetraria uma situação de insegurança generalizada: ao pretender exercer, ou se valer de um direito que já lhe pertence, o indivíduo seria surpreendido com uma vedação inculpada em nova lei. Plenamente compreensível o *status* conferido ao direito adquirido na Constituição Federal de 1988.

⁴⁷ Leciona José Afonso da Silva que “o princípio da irretroatividade das leis é também princípio complementar ao da legalidade, porque, se se permitisse a retroatividade das leis, estas alcançariam períodos não regidos por normas legais ou fatos não sujeitos a ditames legais, por via de uma ficção inaceitável, pelo menos quando obriga a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. É que a exigência constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei significa lei existente no momento em que o fazer ou o deixar de fazer está acontecendo” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 430).

⁴⁸ Segundo o artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016).

Outra cláusula pétrea constitucional é o ato jurídico perfeito que, na dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.⁴⁹ Como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito consubstancia uma situação ou um acontecimento que, à luz do direito, seja relevante. Contudo, a diferença entre ambos reside no fato de o ato jurídico perfeito ser um negócio fundado na lei, ao passo que o direito adquirido deflui diretamente da previsão legal em favor do jurisdicionado⁵⁰. Assim, lei superveniente não teria o condão de alterar ato que já se perfectibilizou, como forma de resguardar situações jurídicas já consolidadas.⁵¹ Nesse âmbito, provê segurança e estabilidade às relações que se desenvolvem à luz do direito.

A coisa julgada⁵² também possui notável relevo e constitui, igualmente, uma cláusula pétrea. Sob o manto da coisa julgada,

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

⁵⁰ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 436.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372. Como aduz o autor: “a revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscitam indagações relevantes no contexto da segurança jurídica. A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico” (*Idem*).

⁵² A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, diz que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016). Mais técnico, contudo, é recorrer ao conceito consagrado no artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015 (equivalente ao artigo 467, do Código de Processo Civil de 1973), segundo o qual, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

compreendida em seu aspecto material, garante-se que o comando contido na sentença proferida se revista de imutabilidade.⁵³ É, portanto, um efeito que confere às partes a garantia de que o deslinde dado à situação debatida em juízo não mais se alterará.⁵⁴ Percorrida toda a marcha processual e produzidas todas as provas, profere-se sentença de mérito que, com fulcro em cognição exauriente, põe fim à lide. Operado o trânsito em julgado, perfectibilizada está a coisa julgada, de forma a impedir que aquela mesma situação volte a ser discutida em outro processo.

É cediço que a coisa julgada é passível de relativização.⁵⁵ A própria ação rescisória é prevista no ordenamento jurídico como meio apto a desconstituir a coisa julgada, desde que configurada alguma das hipóteses previstas na legislação processual civil.⁵⁶ Todavia, tais situações constituem exceções,

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015).

⁵³ Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior anota que “apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*” (Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 389, p. 11-51, mar. 2010. p. 12).

⁵⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 401.

⁵⁵ Sergio Bermudes, por exemplo, coaduna com a relativização da coisa julgada em caso de decisões ilegais, porquanto “seria contrassenso pretender-lhes a eficácia, em nome da segurança jurídica, quando elas são causa de insegurança jurídica pelas incertezas, pela incredulidade, pelos temores que infundem” (Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 135). Em sentido contrário, sustenta Nelson Nery Junior que “prestigiar a tese da desconsideração da coisa julgada material é avalizar o nazismo processual” (Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 100, v. 375, p. 141-159, set/out. 2004. p. 144).

⁵⁶ As hipóteses que ensejam a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado estão previstas no artigo 966, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

visto que a coisa julgada é, também, fator de estabilização das relações jurídicas – e, por derradeiro, um meio de conferir segurança aos jurisdicionados.

A propósito, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) amplia a abrangência da coisa julgada, não mais adstrita apenas à questão principal na medida em que compreende, também, as questões prejudiciais decididas incidentemente no processo – desde que sobre elas tenha havido “contraditório prévio e efetivo” e que haja competência do juízo “em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.⁵⁷ Ainda, a coisa julgada passa a ser verificável nas decisões interlocutórias de mérito, além das sentenças, porque ora se admite o julgamento parcial de mérito.⁵⁸ Mantém-se, contudo, limitação ao que consta no dispositivo da sentença, de modo que os motivos e os fundamentos não fazem coisa julgada.⁵⁹

Outro princípio que converge para a garantia da segurança jurídica é o da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Qualquer cidadão que se sinta lesado ou ameaçado tem a prerrogativa de

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁵⁷ Nos termos do artigo 503, parágrafo 1º, do CPC/2015 (BRASIL. *Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁵⁸ Como prevê o artigo 356, do CPC/2015 (BRASIL. *Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁵⁹ Ao abordar o assunto em análise comparativa do Código de Processo Civil de 1973 com o Código de Processo Civil de 1939, Ovídio A. Baptista da Silva leciona que “enquanto o Código revogado [de 1939] referia-se a premissas necessárias da conclusão, emprestando um nítido sabor silogístico ao arcabouço da decisão jurisdicional e dando relevo demasiado ao aspecto lógico da sentença, o Código de 73 declara, sim, que a sentença que julgar a lide terá força de lei nos limites dessa lide (art. 468), envolvendo todas as alegações e defesas a ela pertinentes, quer as partes as tenham controvertido, efetivamente, nos autos, quer não as tenham (art. 474); mas as premissas, os fundamentos, ou, como prefere chamá-los o artigo 469, os motivos que serviriam ao julgador para sustentar sua conclusão não fazem coisa julgada” (*Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1979. p. 148).

instar o Poder Judiciário, dotado do monopólio da jurisdição⁶⁰, com o fito de obter a respectiva tutela jurisdicional.⁶¹ Mantém-se, assim, todo o aparato estatal apto a não só reparar lesões a direitos já ocorridas, mas também a obstar que essas lesões se concretizem, quando se revelarem meras ameaças.

A importância dessa previsão constitucional reside justamente na tutela estatal (inibitória, acautelatória, antecipatória) e visa a impedir a ocorrência de um dano na esfera jurídica de outrem. A segurança jurídica se projeta, aqui, não só pela existência de uma estrutura judiciária, mas também pela confiança de que todo esse aparato seja capaz de solucionar o conflito de forma célere e efetiva, antes mesmo da verificação do dano.⁶²

Arelado à inafastabilidade da prestação jurisdicional figura o princípio do devido processo legal (*due process of law*)⁶³, que impõe regras para a atuação em juízo. Mais do que

⁶⁰ Jurisdição, no conceito de Eduardo J. Couture, é “função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução [Tradução nossa]”. (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 40). No original: “*función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución*”.

⁶¹ Com razão Luiz Guilherme Marinoni ao comentar que “o art. 5º, XXXV, da CF afirma um direito de ação abstrato e atípico, mas capaz de permitir a obtenção das várias tutelas prometidas pelo direito material. Ou seja, ele garante o direito ao procedimento adequado, ou à técnica processual adequada, sem, obviamente, definir qual técnica processual está garantida ao jurisdicionado” (Art. 5º, XXXV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 362).

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 194.

⁶³ Consigna Nelson Nery Junior que o devido processo legal é o princípio fundamental do processo civil, do qual defluem os demais princípios constitucionais do processo (*Princípios do processo na*

procedimentos (prazos, forma de praticar os atos processuais etc.), o devido processo tem como principal escopo permitir igualdade de condições às partes que figuram em polos distintos da lide, viabilizando o contraditório substancial e a ampla participação dos sujeitos.⁶⁴ Pressupõe, portanto, um processo justo, assim compreendido aquele que, além de observar o procedimento previsto em lei, constitui meio suficiente à proteção dos direitos fundamentais.⁶⁵

Embora previsto, há muito, na esfera constitucional, o princípio do devido processo legal foi também positivado no CPC/2015, que lhe conferiu maior projeção. Incute-se, cada vez mais, a noção de que o processo deve estar voltado ao interesse das partes (e não dos magistrados) e, a despeito de existirem regras pré-estabelecidas, faculta-lhes a opção de deliberarem a respeito da prática de atos ao longo da marcha processual – por exemplo, mediante negócio jurídico processual.⁶⁶

Ademais, vedam-se atitudes arbitrárias do magistrado, que sequer pode decidir matérias apreciáveis de ofício sem oportunizar prévio diálogo entre as partes, sob pena de violar o

Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 21. (Coleção Estudos de Processo Enrico Tullio Liebman). p. 60).

⁶⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995. p. 86. Na dicção do autor, o princípio do devido processo legal (*due process of law*) “pressupõe procedimento regular, previamente estabelecido, atos sem vícios insanáveis ou insuperáveis, contraditório com igualdade de armas e tratamento, juiz natural, investido na forma da lei, competente e imparcial” (*Idem*).

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, LIV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 430. O autor complementa aduzindo que “a cláusula constitucional do devido processo legal não exige apenas um processo previamente estabelecido em lei; ela vincula a própria atividade legislativa na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos” (*Idem*).

⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). p. 76.

princípio da proteção à confiança.⁶⁷ Enfim, são vários os feixes em que se decompõe o devido processo legal, princípio estritamente relacionado à segurança jurídica na medida em que provê às partes a possibilidade de participarem ativamente do convencimento do magistrado.

Diante do exposto, infere-se que, embora não seja possível identificar a segurança jurídica com um dispositivo específico da Constituição Federal de 1988, tal garantia se faz presente de forma implícita em várias passagens que aludem às prerrogativas conferidas aos jurisdicionados.

Assim, verificada a topologia da segurança jurídica no âmbito constitucional, passa-se a abordá-la pelo prisma teórico, com o intento de estabelecer premissas fundamentais ao desenvolvimento do estudo aqui proposto (segurança jurídica como “fato” e como “norma-princípio”), perpassando alguns de seus efeitos (cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade) até atingir a sua influência na elaboração e na aplicação da lei.

Não obstante a amplitude do tema, cujo esgotamento não se pretende, a proposta, neste estudo, é tão só analisar a segurança jurídica no âmbito do direito processual civil, como princípio que inspirou diversas reformas no direito brasileiro e que deve

⁶⁷ Ravi Peixoto, ao diferenciar segurança jurídica do princípio da proteção à confiança assenta que “a segurança jurídica opera sob um prisma objetivo, possuindo um caráter mais abstrato, não sendo relevantes as situações jurídicas individualizadas, ao contrário do que ocorre com o princípio da proteção à confiança. Este se volta às situações individualizadas, com a necessidade de análise do caso concreto, como a necessidade de demonstração de que houve a prática de atos concretos de confiança, a existência de confiança legítima etc.” (*Superação de precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 108). No mesmo sentido, Humberto Ávila aduz que “o princípio da segurança jurídica qualifica, sob o ângulo macrojurídico, uma norma objetiva, abstrata e protetiva de interesses coletivos, que serve, portanto, como instrumento de proteção ‘das confianças’ ou do ‘conjunto de confianças’ no ordenamento jurídico, ao passo que o princípio da proteção da confiança representa uma aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada do princípio objetivo da segurança jurídica, sendo um veículo de proteção ‘de uma confiança’” (*Teoria da segurança jurídica*, p. 269).

orientar a atuação dos tribunais enquanto órgãos incumbidos de aplicar e interpretar o direito.

1.1.2 Segurança jurídica como “fato” e como “norma-princípio”

A expressão “segurança jurídica” reverbera múltiplas acepções.⁶⁸ Em meio a essa multiplicidade de sentidos, Humberto Ávila aduz que essa garantia pode ser compreendida como elemento definitório, como fato, como valor ou como norma-princípio. Assim, passa-se a abordar cada um deles à luz da teoria desenvolvida pelo autor que, na sua concepção, assume uma posição intermediária entre as orientações objetivistas e argumentativas.⁶⁹

Em uma primeira análise, a segurança pode ser concebida como elemento definitório, isto é, como componente ínsito a qualquer ordenamento jurídico.⁷⁰ Constitui um conceito, ou elemento de um conceito, e não uma norma, um fato ou um valor. Assim, não se poderia conceber o direito dissociado da ideia de segurança⁷¹; no entanto, o excesso de segurança também é pernicioso ao direito porque obstaria a sua própria evolução.

Compreendida como “fato”, a segurança jurídica se convola na possibilidade de o ordenamento prever ou antecipar

⁶⁸ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 7-8.

⁶⁹ Explica o autor que para as concepções objetivistas, “o Direito é um objeto previamente dado, cujo conteúdo depende, primordialmente, de atividades cognoscitivas reveladoras de sentidos predeterminados”. Noutra senda, para as concepções argumentativas, “o Direito é uma atividade cuja realização depende, nuclearmente, de estruturas argumentativas a serem utilizadas no processo decisional. O que se defende, aqui, é a compreensão do direito como uma harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas: a atividade do operador do Direito parte de reconstruções de significados normativos por meio de regras de argumentação – contudo tem a sua aplicação dependente de postulados hermenêuticos e aplicativos” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 268).

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 141.

consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos.⁷² Essa concepção está atrelada, portanto, à previsibilidade⁷³, especialmente na aplicação da lei.⁷⁴⁻⁷⁵ À luz do positivismo jurídico, no entanto, essa concepção foi adotada em sentido extremo, a ponto de se compreender que o jurista deveria adstringir-se à previsão legal, sem qualquer margem para interpretação⁷⁶ – como se tratará na seção 1.2.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 122.

⁷³ É pertinente ressaltar a observação de Gianmarco Gometz acerca da previsibilidade. Para o autor, definir segurança jurídica como “possibilidade difusa de prever corretamente as consequências jurídicas de atos ou fatos” deixa abertas as questões acerca do que se deve entender por “difusa”, “efetiva”, “prever”, “corretamente” e por “consequências jurídicas”. Diante disso, defende que as condições de uso da expressão “segurança jurídica” perpassam aspectos como quem prevê, o que se prevê, como se prevê, quanto se prevê e por que se prevê. Ao final, conclui afirmando que quanto mais precisa for a definição de “segurança”, mais certos serão os resultados do seu acerto; ao contrário, uma definição vaga do termo aumenta inevitavelmente a probabilidade de disputas sobre o êxito do seu controle empírico. (*La certezza giuridica come prevedibilità*, p. 26-27).

⁷⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 678. Na dicção do autor, “a segurança jurídica faz com que as partes consigam antever a norma que será aplicada ao caso concreto e o resultado final da demanda. Trata-se da previsibilidade necessária que tem o jurisdicionado de saber que ao Poder Judiciário compete decidir as lides e declarar quem tem razão, sempre atuado de acordo com a autoridade e a vontade da lei. Essa certeza é o que proporciona à comunidade jurídica e à sociedade a sensação de estabilidade no entendimento das normas legais” (*Idem*).

⁷⁵ Eros Roberto Grau diz que “o chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos – vale dizer, *segurança* [Grifos do autor]” (*Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 15).

⁷⁶ É o que destaca Norberto Bobbio, ao tratar da Escola da Exegese, inaugurada com o advento do Código Civil francês. Assim, registra o autor que “a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico

Em outra perspectiva, a segurança exsurge como “valor” que traz em seu bojo um conteúdo axiológico, um juízo do que é bom ou ruim, do que é melhor ou pior. Busca-se a segurança jurídica como um ideal, sob o ponto de vista econômico, social ou cultural, inclusive para subjazer discursos políticos (por exemplo, ao se relacionar a segurança jurídica com a previsibilidade necessária ao planejamento econômico do setor empresarial).⁷⁷

A quarta dimensão apontada por Humberto Ávila versa sobre a segurança jurídica enquanto “norma-princípio”, isto é, “um juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com *determinado ordenamento jurídico* [Grifos do autor]”.⁷⁸ É fundamental reconhecer o caráter normativo da segurança jurídica enquanto princípio, visto que desta concepção deflui a obrigatoriedade de os julgadores aplicarem o direito de modo a gerar previsibilidade aos jurisdicionados. Em outros termos, a atuação do Poder Judiciário deve materializar-se à luz do princípio da segurança jurídica, sendo-lhe vedado ferir a confiança legítima que lhe é depositada pelos destinatários da norma.⁷⁹

A despeito de se enxergar diferentes dimensões da segurança jurídica sob o ponto de vista teórico, na prática há imbricações recíprocas. Como princípio, dotado de caráter normativo⁸⁰, a segurança jurídica traz consigo uma dimensão fática (porquanto sua presença ou ausência são aferíveis, na prática), uma carga valorativa (basta aferir as tantas reformas

(silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei” (*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 80).

⁷⁷ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*, p. 46.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 123.

⁷⁹ Na opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier, essa noção de uniformidade jurisprudencial é fundamental no *common law*. Assim, “sendo a jurisprudência uniforme, estável e consistente, haverá condições para que se crie previsibilidade, para que o cidadão viva *sem levar sustos* [Grifos da autora]” (A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 57, v. 384, p. 53-62, out. 2009. p. 54).

⁸⁰ GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*, p. 35.

legislativas e políticas judiciárias⁸¹ levadas a cabo nos últimos anos com o fito de conferir maior segurança jurídica) e se mostra indispensável à coerência do próprio ordenamento jurídico.

De qualquer forma, é importante ter em mente os feixes que compõem o princípio, a fim de tornar mais compreensível um tema que, por si só, é bastante denso.⁸² Considerando, especificamente, o escopo deste trabalho, a noção de segurança jurídica como fato e como norma-princípio ganha especial relevo – embora, como dito, não se olvide a sua correlação com as demais maneiras de compreendê-la (como elemento definitório e como valor).

1.1.3 Segurança jurídica como “cognoscibilidade”, “confiabilidade” e “calculabilidade”

Ultrapassada a análise semântica da segurança jurídica, cumpre aprofundar alguns aspectos que defluem do seu caráter normativo, enquanto princípio.⁸³ Adota-se, nesse sentir, a premissa de que a segurança jurídica é uma “prescrição, dirigida

⁸¹ Citam-se, a título de exemplo, as sucessivas reformas por que passou o CPC/1973, até o advento do CPC/2015 (que, em diversas passagens, privilegia a segurança jurídica, a fim de que evitar tratamentos díspares a situações símiles e, assim, não ferir a confiança dos jurisdicionados).

⁸² Em raciocínio conclusivo, Humberto Ávila deixa claro que as três dimensões da segurança jurídica – como fato (dimensão fática), como valor (dimensão estritamente axiológica) e como norma (dimensão normativa) não se confundem: “uma coisa é o *fato* de os julgadores aplicarem o ordenamento jurídico a fim de confirmar as previsões feitas para a maioria das suas decisões; outra é a asserção de que é muito *melhor* um ordenamento previsível que imprevisível; e outra, ainda, a obrigação de os julgadores aplicarem o ordenamento de modo a aumentar a probabilidade de previsões das suas decisões por parte dos operadores do Direito. Trata-se de planos diferentes, sujeitos a juízos diversos: segurança jurídica como fato é a capacidade de prever uma situação de fato; segurança jurídica como valor é a manifestação de aprovação ou desaprovação a respeito da segurança jurídica; a segurança jurídica como norma é a prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos [Grifos do autor]” (*Teoria da segurança jurídica*, p. 124).

⁸³ MARIONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 119.

aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”.⁸⁴

No âmbito material, a segurança jurídica contempla a ideia de cognoscibilidade, em uma perspectiva estática; e as ideias de confiabilidade e de calculabilidade, em uma perspectiva dinâmica.⁸⁵ Para José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da segurança jurídica abrange duas concepções nucleares: (i) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica (a fim de que as decisões não sofram alterações sem critérios); (ii) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* da segurança jurídica (que exige calculabilidade, a fim de que os cidadãos possam prever os efeitos jurídicos de seus atos).⁸⁶

O fato é que todas essas noções inerentes à segurança jurídica se entrecruzam, não obstante sejam discerníveis. Também sofrem variações ao se perscrutar o objeto em questão (segurança na norma ou no ordenamento jurídico, por exemplo) e o sujeito (segurança jurídica aos jurisdicionados e aos operadores do direito): há situações em que se pode constatar segurança jurídica em uma perspectiva e, ao mesmo tempo, sua ausência, em outra. Neste estudo, a análise se restringirá a esses três sentidos da palavra segurança: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Quando se trata de segurança jurídica, pode-se analisá-la na perspectiva de determinado ordenamento ou de determinada lei. Contudo, da lei ou do ordenamento em si não deflui,

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 126.

⁸⁵ A esse respeito, consigna Antonio do Passo Cabral que “o planejamento humano baseado na orientação jurisprudencial anterior pode ser dura e subitamente afetado por uma substancial violação às expectativas criadas na manutenção do entendimento estabilizado. Portanto, a mudança de jurisprudência deixa de ser apenas uma questão de cultura ou praxe, algo que poderia ser considerado sempre ‘normal’, e passa a dever ser analisada no contexto do Estado de Direito, especialmente em face das necessidades de segurança jurídica” (Estabilidade e alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35).

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 264.

automaticamente, a segurança porque, embora se exija a preexistência do texto normativo (conferindo aos jurisdicionados e aos operadores do direito prévia ciência acerca de seu conteúdo), é cediço que dele emanam diversas normas, construídas nos casos concretos.⁸⁷ Em outros termos: o sentido normativo não é unívoco e se relaciona diretamente com a atividade dos aplicadores do direito que, ao interpretarem a lei, conferem-lhe determinado sentido⁸⁸, que se pressupõe coerente com o ordenamento jurídico – inclusive com os princípios que o informam.

A partir dessa premissa, não se pode antever com exatidão o sentido que será conferido a dado texto normativo.⁸⁹ Por isso, repele-se a noção de “determinação” para privilegiar a noção de “cognoscibilidade”⁹⁰: é preciso garantir que jurisdicionados e aplicadores do direito tenham condições, ao menos, de

⁸⁷ Aqui reside o paradoxo, apontado por alguns autores, entre os quais Luiz Rodrigues Wambier, Rita de Cássia C. Vasconcelos e Teresa Arruda Alvim Wambier: “embora o ordenamento jurídico brasileiro, afeito ao sistema do *civil law*, tenha se erigido sobre o princípio da legalidade, não atinge a pretensa segurança por força da plurivocidade de sentidos da lei. Assim, preconizam que a ‘certeza do direito’ só se torna factível ‘se houver entendimento unísono dos órgãos jurisdicionais acerca das mesmas questões jurídicas’” (Jurisprudência oscilante no STJ – ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 226-228).

⁸⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*, p. 680.

⁸⁹ A propósito, bastante utópica é a ideia sustentada por alguns importantes pensadores, de que seria possível uma univocidade de sentido do texto legal. Para Hans Kelsen, a norma é uma moldura que compreende vários significados possíveis, cabendo ao intérprete selecionar aquele sentido que se afigure mais adequado e consonante ao ordenamento compreendido em seu conjunto (*Teoria pura do direito*, p. 390).

⁹⁰ Humberto Ávila fala em “cognoscibilidade” ou “compreensibilidade” “como capacidade, formal ou material de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los” (*Teoria da segurança jurídica*, p. 137).

compreender as interpretações possíveis de uma norma.⁹¹ Em síntese, a cognoscibilidade envolve “uma preocupação, no geral, tanto com a acessibilidade formal das fontes normativas, como com o seu caráter material”.⁹²

Afora a capacidade de compreensão do sentido das normas, é necessário que o direito goze de certa estabilidade.⁹³ Claro que o direito, enquanto fator de regulação das relações sociais, não pode ser imutável, sob pena de se tornar obsoleto e não mais atender aos anseios da sociedade. A seara do direito de família bem ilustra essa necessidade de alterações na ordem jurídica⁹⁴ – seja por alteração legislativa, seja por alteração no

⁹¹ Como explica José Joaquim Gomes Canotilho, “o princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos positivos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257).

⁹² PEIXOTO, Ravi. *Superação de precedente e segurança jurídica*, p. 52.

⁹³ A propósito, de maneira enfática, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier que “é função do direito gerar estabilidade, dando tranquilidade ao cidadão, na medida em que este possa moldar sua conduta contando com certa previsibilidade” (A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 57, v. 384, p. 53-62, out. 2009. p. 53).

⁹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 288. O autor vai além ao destacar a influência da jurisprudência sobre a lei: “inúmeras inovações inseridas em nosso novo Código Civil nada mais representam do que a mera recepção, pela lei escrita, de orientação jurisprudencial sedimentada. Basta lembrar a reiteração de julgados acerca do crescente prestígio da figura paterna, em termos de guarda de filhos menores; ou ainda da mitigação do elemento culpa, para desconstituição da obrigação alimentar, que já vinha tomando corpo na jurisprudência mais recente” (*Idem*).

sentido conferido à lei – a fim de acompanhar a dinamicidade das relações sociais.⁹⁵

Sob a égide constitucional, admitem-se alterações da Constituição tão somente por emendas, que possuem requisitos específicos para aprovação. Contudo, a Constituição erigiu algumas garantias à condição de cláusulas pétreas, as quais são imutáveis. Diz-se, nesse sentir, que a Constituição Federal de 1988 é dotada de rigidez relativa, mas também viabiliza adequações aos novos anseios sociais.⁹⁶

Essa sujeição a alterações, todavia, deve ter limites para não comprometer a estabilidade do direito (tanto do direito posto, quanto do direito aplicado). Se as leis regulamentam a vida em sociedade, é inadmissível que suas alterações e aplicações se deem sem critérios ou à revelia de critérios outrora adotados, sob pena de comprometer relações que se perfectibilizaram ou que foram planejadas tendo em vista determinada regulamentação ou determinado modo de interpretar o direito.

Os efeitos de eventual instabilidade se afiguram mais perniciosos se a questão é de ordem constitucional, tendo em vista que a Constituição figura no ápice de todo o sistema. Daí a exigência de estabilidade na mudança⁹⁷, que pressupõe o

⁹⁵ Caso contrário, não se cogitariam, por exemplo, casamentos e uniões homoafetivas, outrora vedados.

⁹⁶ Sobre o assunto, leciona José Afonso da Silva, que “deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social*. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária [Grifos do autor]” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 42).

⁹⁷ Como assenta José Rogério Cruz e Tucci, “a incerteza que nasce do advento de um novo *precedente* em substituição à orientação consolidada, acarreta um custo social e econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conhecem força vinculante da jurisprudência, uma vez que a situação de incerteza gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que

resguardo de situações já tuteladas individualmente e a necessária cautela na evolução do direito, mediante “regras de transição e de cláusulas de equidade”.⁹⁸

Portanto, é crucial coibir alterações abruptas, drásticas, que firam a confiança legítima depositada pelos jurisdicionados na forma de regulamentação até então vigente ou na forma de interpretação até então aplicada.⁹⁹ Eis a razão pela qual se privilegia a confiabilidade em detrimento da imutabilidade, a fim de que se viabilizem alterações, que devem ocorrer de forma paulatina, sem mudanças violentas. Deve haver “segurança-continuidade”.¹⁰⁰

O terceiro fator compreendido no conteúdo da segurança jurídica é a calculabilidade¹⁰¹, isto é, a possibilidade de se antever as consequências jurídicas de determinado ato. Da mesma forma que a lei não é unívoca e traz em seu bojo diferentes vieses interpretativos, também é impossível saber com precisão qual

seja consolidada a *nova regula* [Grifos do autor]” (*Precedente judicial como fonte do direito*, p. 311).

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 138.

⁹⁹ Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “a segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257).

¹⁰⁰ Eis o que defende Antonio do Passo Cabral ao afirmar que, atualmente, “o formato mais adequado para a segurança jurídica é a segurança-continuidade. A continuidade jurídica é um conceito que está na síntese da tensão entre uma total e estanque eternização de conteúdos estabilizados e o oposto de uma ampla e irrestrita alterabilidade. Continuidade, então, não significa petrificação, mas mudança com consistência, protegendo os interesses humanos de estabilidade e permanência, mas viabilizando também a alteração das posições jurídicas estáveis. Por conseguinte, a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança” (Estabilidade e alteração da jurisprudência consolidada: protecção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* *O papel da jurisprudência no STJ*, p. 37).

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 139-140. O autor prefere o termo “calculabilidade” ao termo “previsibilidade” que, a seu ver, exige uma certeza quase inexorável acerca do enquadramento jurídico a ser dado à determinada conduta por decisão futura (*Idem*).

será o deslinde da questão apreciada pelo Poder Judiciário. Pode-se ter ideia, mas não precisar, à margem de dúvidas, porquanto existam espaços de discricionariedade ao magistrado.¹⁰²

Com esteio nessas três perspectivas – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade –, infere-se que o sentido material da segurança jurídica enquanto norma envolve a asseguuração: (i) da compreensão das possíveis consequências jurídicas dos atos praticados; (ii) da confiança de que eventuais alterações na ordem jurídica posta não serão realizadas de forma abrupta; e (iii) da expectativa de que a apreciação das questões jurídicas pelos órgãos competentes se dará à luz do direito posto (seja pela lei, seja pelas decisões pretéritas).

A segurança jurídica, portanto, constitui fundamento do Estado Constitucional e, no mesmo passo, consubstancia-se “na função que deve ser por ele desempenhada a fim de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa (‘citizens to live autonomous live’) e desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (‘mutual trust’)”.¹⁰³ É essencial que os jurisdicionados conheçam o significado das normas jurídicas a que estão submetidos, visto que eventual

¹⁰² Ao versar sobre discricionariedade, Eros Roberto Grau elucida que esta é exercitada por “juízos de oportunidade”, ao passo que interpretação envolve “juízos de legalidade”. Explica ainda que “juízo de legalidade é atuação no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo *texto*. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos [Grifos do autor]”. No entanto, adverte que, embora se verifique confusão entre discricionariedade (juízo de oportunidade) e liberdade de pensar, a denominada “discricionariedade judicial”, “é poder de criação de *norma jurídica* que o intérprete autêntico exercita formulando *juízos de legalidade* (não de *oportunidade*) [Grifos do autor]” (*Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/ aplicação do direito e os princípios*. p. 91, 92). Diante disso, o autor nega a discricionariedade judicial na medida em que “o juiz não produz normas livremente” (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56).

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 19.

desconhecimento não lhes exime de cumprir as previsões da lei¹⁰⁴.

1.1.4 Segurança jurídica pelo viés normativo: da elaboração à aplicação das normas

Ao lado do acesso à justiça e da efetividade do direito¹⁰⁵, a segurança jurídica sempre figurou como ideal a ser perseguido com o fito de concretizar outros princípios constitucionais, como o princípio da legalidade (para garantir o primado da lei) e o princípio da isonomia (para garantir que situações semelhantes tenham tratamentos equânimes, à luz do direito).

As noções de *segurança* relativas à elaboração e à aplicação da lei tangem à “segurança *pele* Direito”, que pode ser compreendida, tanto no âmbito material (pelo conteúdo das normas) quanto no âmbito formal (pelos procedimentos que as normas estabelecem).¹⁰⁶ Então, seja pelo conteúdo da lei, seja

¹⁰⁴ Como prevê o artigo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016).

¹⁰⁵ Pertinente destacar lição de José Joaquim Calmon de Passos, acerca da efetividade. Diz o autor que “não é o processo que reclama, enquanto tal, efetividade, mas sim a tutela prometida, o ordenamento como um todo sistemático, para cuja efetividade torna-se indispensável o processo de produção do direito, não qualquer processo, e sim o devido processo constitucional. A efetividade é a marca mesma do ordenamento jurídico” (Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 30-35, set./out. 1999. p. 34).

¹⁰⁶ Além da “segurança *pele* Direito”, Humberto Ávila menciona a “segurança do Direito” (“tanto no sentido de que o próprio Direito, para ser considerado um ‘Direito seguro’, deve conter determinadas qualidades ditas objetivas, como clareza e determinação, quanto no sentido de que o Direito, para ser qualificado como um ‘Direito com segurança’, deve envolver processos impessoais e uniformes de aplicação”); a “segurança *frente ao* Direito”, (“tanto no sentido de que o Direito deve oferecer condições procedimentais para o indivíduo se defender das suas próprias manifestações, por meio de procedimentos administrativos ou judiciais [...], por exemplo, como no sentido de que o

pelos meios nela previstos para promover a tutela dos direitos, o intuito é proteger aquilo que se convencionou denominar de confiança legítima.¹⁰⁷ É essa asseguuração que se busca, precipuamente, ao se falar em segurança jurídica.¹⁰⁸

Inicialmente, por uma perspectiva estática, a segurança jurídica estaria na lei. Como é cediço, o Brasil é país filiado ao sistema do *civil law*, em que o princípio da legalidade figura como basilar do Estado Democrático de Direito – como desenvolvido na seção 1.1.1. Partindo-se dessa premissa, incumbe ao Poder Legislativo editar leis abstratas e gerais,

Direito deve preencher determinados requisitos para que o indivíduo possa se precaver dele próprio, por meio da publicação e da intimação de atos, por exemplo”); a “segurança do indivíduo *sob o amparo individual do Direito*” (com ênfase nas normas individuais, como é o caso da sentença judicial); a “segurança como um direito” (que é “o reflexo subjetivo do princípio objetivo da segurança jurídica”); a “segurança por meio *de um direito específico*” (como é o caso do direito ao contraditório); e a “segurança “no” Direito” (entendendo-se que “a segurança é um estado ideal que se *conquista* no próprio processo de interpretação e de aplicação do Direito”) [Grifos nossos]. (*Teoria da segurança jurídica*, p. 142-150).

¹⁰⁷ Leciona Judith Martins-Costa que “a confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por meio de seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito” (A resignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal*, Brasília, v. 27, p. 110-120, out/dez. 2004. p. 116).

¹⁰⁸ MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 124. Diz o autor que “a segurança como princípio relaciona-se, sobretudo, com a construção racional do direito, a partir da preservação de um mínimo de cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade. Não é possível, realmente, a existência de elementos jurídicos imutáveis, o que de forma alguma exclui a segurança jurídica: o Direito precisa ser construído racionalmente, mediante processos pré-determinados e deve proteger as expectativas jurídicas legítimas que se frustrem na sua constante reconstrução, além de que precisa se preocupar em fornecer certo grau de estabilidade e previsibilidade aos cidadãos” (*Idem*).

obrigando a todos, cujo conteúdo deve estar em consonância com os preceitos constitucionais.

Esse ofício, contudo, não é simples. As responsabilidades para dar conta desse mister são múltiplas: há que se dosar o nível de detalhamento da lei, a fim de não reduzir em demasia a sua abrangência e a sua eficácia; há que se ter em mente sua cognoscibilidade, por parte dos jurisdicionados; e é necessário permitir variações interpretativas, tendo em vista que cabe aos aplicadores do direito dar concretude à lei, derivando do texto a norma jurídica do caso concreto.¹⁰⁹

O que se observa, de fato, é uma inflação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso, em decorrência não só da dimensão territorial do país, que consagra diferentes realidades econômicas e culturais (as quais precisam ser albergadas pela lei), mas também em virtude da opção por uma Constituição que consubstancia extenso rol de direitos fundamentais. Com efeito, várias são as passagens do texto constitucional em que se atribui ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar e concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Prevê-se, inclusive, uma medida para o caso de inobservância desse dever, qual seja, o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI¹¹⁰, da Constituição.

Enquanto se intenta albergar na lei o maior número de situações possíveis, com vistas a ampliar a ciência dos jurisdicionados quanto às consequências jurídicas de seus atos, há que se atentar para os efeitos decorrentes da inflação legislativa. Em verdade, quanto maior o número de leis, mais difícil é a sua operacionalização e a sua compatibilização dentro do ordenamento jurídico. Tais dificuldades, aliadas ao nível de detalhamento das leis, acarretam um paradoxo, qual seja: o

¹⁰⁹ A concepção de *espírito da lei* há muito ficou ultrapassada, eis que não cabe ao legislador ditar o sentido da lei.

¹¹⁰ Conforme o dispositivo, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

próprio direito pode tornar-se um fator que gera insegurança jurídica.¹¹¹

Em outros termos, se é necessário garantir previsibilidade aos jurisdicionados (aquí compreendida como cognoscibilidade), e se, para tal, recorre-se à edição de novas leis, com previsões mais detalhadas, atinge-se um ponto em que o excesso de preceitos legislativos conduz à insegurança, porquanto fica dificultada a sua operacionalização.¹¹² Exsurgem dificuldades hermenêuticas passíveis de reduzir a aplicabilidade dessas novas leis, assim como se protraem incertezas quanto à lei que será invocada pelo intérprete do direito, ao formar o seu convencimento.

Além do princípio da legalidade, atrelado à segurança jurídica também está o princípio da igualdade, que tem como destinatários o legislador e os aplicadores da lei. O legislador, no sentido de que lhe é vedado elaborar leis que não obriguem a todos, a menos que haja distinções a serem resguardadas por previsões específicas (eis a noção de igualdade material, que impõe tratar de forma diferente os desiguais na medida de sua desigualdade). Os aplicadores da lei, tanto no sentido de lhes ser vedado decidir contrariamente ao ordenamento jurídico¹¹³, quanto de tutelar situações semelhantes de formas diversas, a menos que

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 73.

¹¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992. p. 45. Ao tratar da heterogeneidade do direito sob a égide do Estado Constitucional, o autor pontua que “a lei não é mais garantia absoluta e última de estabilidade, mas, sim, um instrumento e causa de instabilidade [Tradução nossa]” (*Idem*). No original: “*la legge, insomma, non è più garanzia assoluta e ultima di stabilità ma diviene essa stessa strumento e causa di instabilità*”.

¹¹³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 54. Diz a autora que “a segurança nasce, pois, para a sociedade, na medida em que se sabe que, por mais ‘criativa’ que seja a decisão, esta (nos casos em que ela precisa ser construída a partir de elementos do sistema, porque não se encontra pronta no repertório de solução) só pode estar apoiada em elementos internos ao sistema (ainda que criativamente manejados, mas racionalmente manejados), o que faz com que se saiba de antemão que se conta com uma gama limitada (= dentro das expectativas) de decisões possíveis” (*Idem*).

haja alguma particularidade que justifique a diferença de tratamento.

Não é admissível, nesse contexto, que se sustentem diferentes posicionamentos acerca da mesma questão de direito. A diversidade de entendimentos é importante, inclusive para o amadurecimento de determinado tema jurídico¹¹⁴, mas tratamentos desiguais conferidos a casos semelhantes pelo Poder Judiciário¹¹⁵ ferem, sobremaneira, a segurança e a isonomia. Não há previsibilidade que se sustente diante dessas condutas, que afrontam nitidamente a confiança legítima dos jurisdicionados.¹¹⁶

Portanto, é fundamental que a segurança jurídica seja observada na aplicação da lei, evitando tratamentos díspares a situações merecedoras da mesma solução, à luz do direito. Para a consecução desse fim, pressupõe-se a confluência de elementos argumentativos e processuais. Argumentativos, no sentido de se observar o dever de fundamentação das decisões judiciais, que perpassa o enfrentamento de todas as teses jurídicas suscitadas pelas partes, no exercício de um contraditório pleno. Processuais,

¹¹⁴ Como se tratará no segundo capítulo deste trabalho.

¹¹⁵ No mesmo sentido, Donaldo Armelin aduz “ser indispensável, no concernente aos câmbios da jurisprudência, o resguardo da segurança jurídica, máxime quando estes afetam parcelas consideráveis da população. Essa segurança se expressa mediante o prestígio da confiança na orientação pretoriana adotada e consolidada e na eliminação, sempre que possível, de surpresas na órbita da aplicação do direito ao caso concreto” (Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, ano 15, v. 59, p. 31-48, jul./set. 2007. p. 40).

¹¹⁶ Paula Pessoa Pereira propõe uma abordagem interdisciplinar, relacionando o fator previsibilidade das decisões judiciais aos seus efeitos práticos sobre a economia. Diz a autora que uma ordem jurídica que mantém orientações sedimentadas, com decisões previsíveis, tende a atrair maior volume de investimentos, ao passo que em um contexto de imprevisibilidade, a insegurança se dissipa e prospecta efeitos, inclusive, no âmbito econômico, afastando investimentos (porquanto acarrete insegurança). Nas palavras da autora: “o índice de confiança na atuação do Poder Judiciário é um dos fatores que influenciam diretamente no índice de desenvolvimento econômico, embora, por óbvio, não seja o fator principal na sua determinação” (*Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 154).

no sentido de haver regras de procedimento e garantias aptas a orientar a atuação e a participação dos sujeitos no curso de um processo (seja ele administrativo ou judicial).¹¹⁷

De nada adianta, nessa toada, garantir a segurança na elaboração da lei, sem garanti-la na sua aplicação. É essencial que a norma seja aplicada com base em critérios uniformes, em consonância com entendimentos já sedimentados pela jurisprudência¹¹⁸, a fim de não ferir a confiança legítima – a calculabilidade – dos jurisdicionados. Em suma, sem essa garantia, “a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação”.¹¹⁹

É nesse sentido que há muito¹²⁰ se intenta conferir maior apreço às decisões judiciais, notadamente aquelas emanadas pelos tribunais superiores. Chegou-se a editar enunciados de súmulas, inclusive de caráter vinculante, com o intuito de solidificar aqueles entendimentos já sedimentados nos órgãos de superposição, a serem aplicados pelos tribunais inferiores, em

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

¹¹⁸ Preceitua Miguel Reale que “pela palavra ‘jurisprudência’ (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (*Lições preliminares de direito*, p. 167).

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

¹²⁰ Diz-se “há muito” porque já na época em que se aplicavam, no Brasil, as ordenações portuguesas, reconhecia-se o instituto dos assentos, que consubstanciavam a interpretação autêntica dos tribunais acerca de questões de direito (como se verá no segundo capítulo do presente trabalho).

decisões a respeito do tema.¹²¹ Não surpreende, então, a tônica conferida pelo CPC/2015 à valorização das decisões judiciais.¹²²

A segurança jurídica pressupõe, portanto, unidade do direito. Unidade esta que deve ser compreendida não sob uma perspectiva utópica – porquanto impossível antever, com absoluta convicção, o sentido conferido à lei no caso concreto –, mas sim no sentido de coerência interpretativa: a necessidade de manter estável a interpretação outrora fixada, diante de um caso concreto.¹²³

¹²¹ Aduz Rodolfo de Camargo Mancuso que “a súmula vinculante do STF representa o extrato da jurisprudência assentada, ficando praticamente equiparada à norma legal, com a qual tem em comum os traços de abstração, generalidade, impessoalidade e impositividade. Além disso, tal súmula reveste-se de um *plus* em sua carga eficaz, porque, enquanto a norma se vocaciona a ser interpretada, e não raro enseja mais de um entendimento, já a súmula vinculante traz imanente o seu próprio significado, sendo assim auto-explicável, deixando ao aplicador apenas a tarefa de bem apreender seu enunciado, a ver se o caso concreto nele se enquadra” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 368).

¹²² A propósito, com o advento do CPC/2015, as discussões acerca do que seria um “sistema de precedentes” ganharam fôlego. Não obstante as várias divergências doutrinárias em torno do tema (notadamente quanto à eficácia e à delimitação conceitual de “precedente”), o novo diploma dá contornos mais nítidos à importância da atividade judicante, mesmo em um sistema afeito ao *civil law*. Assim, reforça a necessidade de se manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente (artigo 926 do CPC/2015) e prevê, em vários dos seus dispositivos, o dever de observância em relação a determinadas decisões, inclusive as emanadas dos tribunais superiores, sob pena de algumas consequências (como se verá na seção 3.8).

¹²³ Na concepção de Klaus Günther, “a coerência, que precisa ser harmoniosamente almejada, não expressa qualquer ordem transitiva predeterminada, mas deve ser estabelecida em relação ao caso. Isso não exclui o fato de que existem ‘paradigmas’ que estabelecem quais sinais característicos em uma situação são normativamente relevantes. A razão prática disporá os elementos desses sinais, por um lado, sob o pleito da integralidade, e por outro, sob o pleito da validade. Consequentemente, eles são alteráveis pela crítica da validade de cada uma das normas, bem como pela sucessiva ampliação da descrição situacional. Nesse sentido, poderíamos denominá-los de “esquemas”, em que exceções empíricas, concepções da vida boa, normas válidas e descrições situacionais mais ou menos padronizadas são coerentemente vinculadas entre si. De tal

O processo civil, como se vê, encampa um duplo discurso: preconiza a prolação de uma decisão justa entre as partes no fim da marcha processual e apregoa a prolação de uma decisão consoante ao que os tribunais pátrios já vinham decidindo sobre a matéria.¹²⁴ Então, a observância às decisões pretéritas, proferidas nos casos anteriormente julgados, não só protraí calculabilidade, como também reduz “o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade [Grifos do autor]”.¹²⁵ Eis a confirmação de que os três sentidos da segurança jurídica, pelo ângulo material – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade –, estão imbricados e só podem ser tratados de forma separada no plano teórico.

As considerações apresentadas linhas atrás elucidam a riqueza semântica da segurança jurídica como princípio¹²⁶ que figura no âmago de várias discussões acerca da efetividade da prestação jurisdicional. Além de subjazer tantas iniciativas legislativas, encampa também políticas judiciárias – enquanto se

tipo de ordem transitiva – que, a qualquer momento, poderá ser modificada por discursos de fundamentação e de aplicação – faz parte, com a quantidade respectivamente dada de normas válidas, uma determinada esquematização de possíveis situações de aplicação, descrições estruturadas da situação e combinações de sinais característicos situacionais” (*Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 358).

¹²⁴ Daniel Mitidiero consigna que “a tutela dos direitos que deve ser promovida pelo processo tem uma *dupla direção* – dirige-se às partes no processo e à sociedade em geral [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 17).

¹²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 28.

¹²⁶ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. p. 123. Sustenta o autor que justamente em razão do seu caráter principiológico, a segurança jurídica pode ser relativizada. Em outros termos, “a segurança jurídica não se liga à previsão exata da aplicação como fruto de um raciocínio lógico e infalível, mas à possibilidade de conhecer as fontes normativas com anterioridade, escritas de forma clara e postas ao público e não ao conhecimento milimétrico da norma. Sua juridicidade não pressupõe a certeza absoluta, a precisão matemática ou a perenidade do direito [Grifos no autor]” (*Ibidem*, p. 123-124).

busca, cada vez mais, dar respostas adequadas às demandas sociais, muitas delas judicializadas.

Na seara processual civil, várias garantias decorrem da segurança jurídica¹²⁷, assim, também, vários recursos trazem em seu bojo o intuito de uniformizar a interpretação conferida à lei (como é o caso dos embargos de divergência, objeto de estudo deste trabalho).¹²⁸

Com essas breves digressões de cunho teórico¹²⁹, passa-se a analisar primeiramente o princípio da segurança jurídica na função jurisdicional e, após, discorrer sobre os tribunais superiores e seu escopo precípua de outorga de unidade ao direito (o que se reserva ao segundo capítulo).

1.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA FUNÇÃO JURISDICIONAL: ENTRE A CALCULABILIDADE E A CONFIABILIDADE DO DIREITO

A segurança na aplicação da lei é de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro. Para atingir esse desiderato, de um lado, devem os aplicadores da lei perseguir a segurança com o fito de gerar a calculabilidade do direito – permitindo, senão antever, ao menos ter em mente quais os possíveis deslindes de uma demanda judicial¹³⁰; de outro, no que tange aos

¹²⁷ A exemplo do que foi desenvolvido na seção 1.1.1 deste trabalho.

¹²⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 82.

¹²⁹ Sobretudo, com base na teoria de Humberto Ávila, como advertido no início desta seção.

¹³⁰ Eis o que pontua Antonio Castanheira Neves ao versar que a certeza “apresenta-se como o valor decisivo, senão absoluto, como o próprio *definiens* axiológico do direito (o direito puramente como ‘ordem’ formal). Implica uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite o seu conhecimento *certus* e postula um esquema de aplicação do direito que permita a previsibilidade e porventura o ‘cálculo’ – *savoir c’est prévoir* –, para que assim os destinatários do direito se possam mover no seio dele em termos de um homem *securus*. É a certeza do direito que vai associada ao legalismo e que este fundamentalmente serviria – por isso vale aqui a expressão *Gesetzessicherheit* dos autores alemães” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983. p. 37-38).

jurisdicionados, deve-se perseguir a segurança com o fito de manter a confiabilidade do direito – sob pena de se colocar em xeque a credibilidade do Poder Judiciário, enquanto responsável por solucionar conflitos em consonância com a ordem jurídica posta.¹³¹

Se na esfera legislativa a segurança se reflete precipuamente no caráter prospectivo da lei – resguardando situações já consolidadas e protegendo a confiança daqueles que se pautaram de acordo com a legislação outrora em vigor –, na esfera jurisdicional, a segurança jurídica refere ao dever de fundamentação das decisões judiciais e ao dever de observância dos entendimentos já exarados a respeito da matéria em questão (em especial, aqueles oriundos dos tribunais superiores).¹³²

O direito tem, por essência, um caráter argumentativo. Entre a prescrição da lei (o “dever-ser”) e a sua aplicação (“ser”) existe um lapso, preenchido de acordo com critérios objetivos e subjetivos, à disposição do magistrado. Portanto, é nítido que o ofício judicante pressupõe a interpretação dos órgãos julgadores quanto às questões submetidas à sua apreciação – daí se inferindo estar superada a concepção de que o ato de julgar equivale à simples declaração do sentido da lei.¹³³

A atividade interpretativa toma maior proporção quando se tem em mente que, por força de técnica legislativa, recorre-se a cláusulas gerais¹³⁴ e a conceitos jurídicos indeterminados.¹³⁵

¹³¹ AFONSO DA SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 17.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 95.

¹³³ Como se abordará na seção 1.2.1 a seguir.

¹³⁴ Judith Martins-Costa entende que o termo “cláusula geral” pode referir-se tanto à técnica legislativa quanto à própria norma (que contemple uma cláusula geral). Como técnica legislativa, a autora leciona que as cláusulas gerais “atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias

Como se discorrerá ao longo desta seção, cláusulas gerais e conceitos indeterminados viabilizam a evolução do direito – porquanto permitem adaptar conceitos às mudanças sociais sem, necessariamente, alterar a lei; todavia, sua interpretação exige maior esforço por parte dos magistrados.

Outro fator que reforça a importância da interpretação exercida pelos julgadores é a gama de princípios, que possuem caráter normativo e se encontram amplamente difundidos no ordenamento jurídico brasileiro. São recorrentes os casos de colisões de princípios¹³⁶, relegando-se aos magistrados a incumbência de solucioná-las, calcados na máxima da proporcionalidade¹³⁷ e nas decisões pretéritas emanadas pelo próprio tribunal e/ou pelos tribunais superiores.

Nesse enleio, diz-se que a segurança jurídica consubstancia um “dever de controle racional e argumentativo”¹³⁸, a fim de que se tenham mecanismos hábeis a

sociais, usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo esse ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contém delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social [Grifo da autora]” (*A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 299).

¹³⁵ Ao diferenciá-los, Daniel Mitidiero diz que os “conceitos jurídicos indeterminados” são “espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas”; já as “cláusulas gerais” são “espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado legal” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 14).

¹³⁶ Eis um tema bastante denso, objeto de muitas controvérsias sustentadas por vários autores, que será tratado no presente trabalho *en passant*, no que tange à função interpretativa dos órgãos julgadores.

¹³⁷ Robert Alexy explica que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão [Grifos do autor]” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117).

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 269.

controlar a aplicação da lei ou, quando isso não for possível, ao menos ter condições de avaliar se a aplicação, tal qual realizada em um determinado caso concreto, encontra justificativas no ordenamento jurídico pátrio.¹³⁹

A premissa de que o texto da lei é uma moldura que contempla inúmeros sentidos permite afirmar que dele se pode extrair várias normas, a depender do viés interpretativo adotado pelo julgador.¹⁴⁰ Daí resulta que diferentes magistrados, diante de um mesmo caso concreto, podem ter diferentes concepções a ensejar resultados distintos – e não surpreende que assim o seja, porquanto cada qual pode ter uma percepção diferente sobre o que está pressuposto no texto da lei.

A liberdade de julgar, todavia, acarreta efeitos perniciosos ao próprio ordenamento jurídico na medida em que tolhe o mínimo de previsibilidade (aqui entendida como calculabilidade) que dele se espera. Ademais, constantes mudanças jurisprudenciais ferem a cognoscibilidade e a confiabilidade do jurisdicionado – que não pode antever o modo como o seu direito será tutelado.

Então, na medida em que se reconhece a necessidade de interpretar a lei – discussão que parece já estar superada, muito embora haja peculiaridades doutrinárias que alimentam divergências –, admite-se a dificuldade de garantir que sua aplicação irradie segurança jurídica.¹⁴¹ Por isso a importância de

¹³⁹ Alf Ross sustenta que “as normas jurídicas, como as normas do xadrez, servem como um esquema interpretativo para um conjunto correspondente de atos sociais, o direito em ação, de tal modo que se torna possível compreender essas ações como um todo coerente de significado e motivação e predizê-las dentro de certos limites” (*Direito e justiça*, p. 53).

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390.

¹⁴¹ Sérgio Armanelli Gibson, a respeito, comenta que “a pretensão positivista pela *previsibilidade* da ocorrência dos fenômenos científicos, vertida ao Direito nos padrões da *segurança jurídica*, acabou por recomendar aos juristas a elaboração de institutos jurídicos que buscassem garantir aos cidadãos a prognose fidedigna das consequências jurídicas advindas de seus atos e condutas. Contemplar-se-ia com isto um dos valores mais caros à racionalidade do Direito, qual sejam a certeza e a segurança de se poderem predizer os efeitos, as consequências e os resultados de condutas humanas e até mesmo de fatos naturais [Grifos do autor]” (Ciência jurídica no pós-positivismo: as

estabelecer limites à atuação dos magistrados: embora incumbidos de interpretar a lei (que é plurissignificativa por essência), precisam exercer o ofício cientes de seu pertencimento a um sistema, que é o ordenamento jurídico brasileiro. Em outros termos, os magistrados não podem atuar à revelia de todo o arcabouço jurídico construído – legal, doutrinário e jurisprudencial –, não obstante se reconheça a relevância do papel que exercem no desenvolvimento/construção do direito.

Essas concepções, atinentes à valorização das decisões judiciais e à função interpretativa dos órgãos julgadores, perpassam o caráter publicístico do processo e a alteração do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.¹⁴² A função dos tribunais não se restringe à solução dos casos submetidos à sua apreciação: incumbe-lhes zelar pela unidade do direito, aplicando a lei de forma a propagar segurança jurídica.

necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico administrativo e do princípio da legalidade administrativa. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, v. 93, p. 60-69, nov. 2008. p. 61).

¹⁴² Segundo Daniel Mitidiero, essa passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional perpetrou “uma *tríplice alteração* no que concerne à compreensão do Direito”: primeiro, no que tange à *teoria das normas*; segundo, quanto à *técnica legislativa*; e terceiro, em relação ao *significado da interpretação jurídica*. Em síntese, quanto à teoria das normas, pontua o autor que se passa a admitir os princípios como normas, além das regras, e admitir, outrossim, a existência dos postulados normativos – que conferem diretrizes à interpretação de princípios e regras. Quanto às alterações concernentes à técnica legislativa, legisla-se, cada vez mais (em termos quantitativos), dissipando uma série de normativas à regulamentação de casos específicos; e, ao mesmo tempo, legisla-se mediante uma técnica aberta, com o emprego de *conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais*. Por fim, no que concerne ao significado da interpretação jurídica, as alterações revolvem a própria teoria do direito, em que se considera a jurisprudência fonte do direito. Concebe-se a separação entre texto e norma e admite-se que “as normas são fruto de uma *outorga de sentido aos textos* pelos seus destinatários [Grifos do autor]”. Essas três alterações fizeram com que “o processo deixasse de ser pensado simplesmente com um *perfil subjetivo*, pré-ordenado somente para *resolução de casos concretos em juízo* [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 13-15).

Feito esse introito, a seguir, passa-se a examinar distintas questões. Primeiro, discorre-se sobre a superação do paradigma positivista com o abandono à legalidade estrita e sobre a crescente valorização das decisões judiciais. Segundo, destaca-se a função interpretativa dos órgãos julgadores e a contribuição que repercute no desenvolvimento do direito. Terceiro, trata-se da jurisprudência e de seus reflexos no processo civil brasileiro para, então, abordar a necessidade de se primar pela previsibilidade dos julgamentos e pela estabilidade das relações jurídicas.

1.2.1 Abandono da legalidade estrita e valorização das decisões judiciais: a superação do paradigma positivista

O império da lei, geral, abstrata e passível de uma única interpretação correta é concepção há muito superada. Na verdade, essa ideia remonta ao período absolutista, em meio à experiência francesa¹⁴³, quando o positivismo jurídico despontou como forma de tolher dos magistrados qualquer margem ao arbítrio judicial – e, assim, conferir previsibilidade e segurança aos jurisdicionados.¹⁴⁴

¹⁴³ Na dicção de Norberto Bobbio, “a ideia da codificação é fruto da cultura racionalista, e se pôde tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a ideia de codificar o direito adquire consistência política. Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leimotiv*, a ideia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação” (*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 64-65).

¹⁴⁴ Hermes Zaneti Jr. comenta que “neste processo histórico existiu uma grande desconfiança do juiz, não por acaso, pois os juízes, a magistratura francesa, eram membros da nobreza contra a qual se levantaram os revolucionários, mas também, por outro lado, uma desconfiança do direito comum, identificado com o soberano e com seus arbítrios ou, outra face da mesma moeda, com o decisionismo judicial dos próprios juízes, o *dog-law*, na célebre e crítica expressão de J. Bentham, com um claro *fetich* de que a lei, traduzida na absorção de todo o direito pelo ato legislativo, seria capaz de garantir a democracia pela representatividade das casas políticas e que, a partir da

Paolo Grossi comenta que em meio a tantas mitologias laicas inauguradas pela Revolução Francesa de 1789, exurgiu a mitologia legislativa: a lei, expressão da vontade do poder soberano, passou a ser identificada como expressão da vontade geral¹⁴⁵ e, em razão disso, tornou-se a única fonte do direito a merecer respeito (não pelo seu conteúdo, mas sim pela sua forma, pelo fato de ser lei).¹⁴⁶

Tem razão o autor ao tratar o culto à lei como mito. O entendimento era de que, pelo simples fato de haver um procedimento legislativo preestabelecido, as leis deveriam ser respeitadas, independente do seu conteúdo. Nessa lógica de estrita fidelidade à lei¹⁴⁷, garantia-se que os conflitos seriam solucionados por aquilo que já se encontrava prescrito, em caráter

sistematização fornecida pelos códigos, repositórios completos e unívocos do sentido do direito, haveria uma razão escrita para a qual não seria necessária uma interpretação” (*O valor vinculante dos precedentes*, p. 77-78).

¹⁴⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 38.

¹⁴⁶ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma: Editori Laterza, 2004. p. 7-8. No original, eis a passagem em que o autor trata da mitologia legislativa: “*infatti, è proprio in quegli anni che, fra le molte mitologie laiche inaugurate dalla Rivoluzione del 1789, si staglia netissima quella legislativa: la legge, cioè l’espressione di volontà del potere sovrano, è assiomaticamente identificata nella espressione della volontà generale, rendendola in tal modo l’unico strumento produttivo del diritto meritevole di rispetto e di ossequio, oggetto di culto in quanto legge e non per la rispettabilità dei suoi contenuti. Identificata nella legge la volontà generale, ne conseguiva l’identificazione del diritto nella legge e ne conseguiva la sua completa statalizzazione*”.

¹⁴⁷ A confluência do modelo hierárquico-burocrático de Estado com os preceitos do juspositivismo acarretaram essa subserviência à lei, como aduz Nicola Picardi. Nas palavras do autor, “a adoção do modelo hierárquico-burocrático, solidário com a cultura juspositivista, assegurava uma atividade jurisdicional inspirada pela ideologia da fidelidade à lei (*Gesetzestreue*). Rudolf von Ihering sustentava que ‘como o soldado na severa disciplina militar deve antes de tudo aprender a subordinação, assim na administração da justiça o juiz deve aprender a obedecer à lei’” (*Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 26).

geral e abstrato¹⁴⁸; e, principalmente, que essas prescrições seriam fruto de um processo legislativo, regido por suas próprias normas.

A ênfase dada ao parlamento, todavia, convolou-se em menoscabo da atividade exercida pelos juízes, então reduzida à mera declaração da lei.¹⁴⁹ Se a lei era a única fonte do direito e se dela só se podia extrair um único significado, então competia ao magistrado simplesmente declarar o seu sentido¹⁵⁰ – nada além. Por isso a célebre expressão de Montesquieu ao se referir aos juízes como “a boca da lei”, ou seja, limitavam-se a indicar a lei

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50. Aduz o autor que “a generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que, por serem ‘iguais’, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico” (*Idem*).

¹⁴⁹ Pontua Norberto Bobbio que imperou, sob a égide do positivismo jurídico, inaugurado pelo Código Civil francês, “o dogma da onipotência do legislador”, que impunha ao juiz o dever de “sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso” Contudo, o autor salienta que a ideia subjacente ao Código era “deixar aberta a possibilidade da *livre criação do direito por parte do juiz* [Grifos do autor]”. A prevalência do primeiro entendimento deu origem à *École de L'exégèse* (Escola da Exegese), “acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador* [Grifos do autor]” (*O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, p. 74, 75, 77).

¹⁵⁰ Como observa Ovídio A. Baptista da Silva, “a ideia de que a lei tenha uma ‘vontade’ suprime a Hermenêutica, no pressuposto de que a missão do julgador seja apenas a descoberta dessa ‘vontade’, para proclamá-la na sentença, como se a norma tivesse sempre o ‘sentido’ que lhe atribuíra o legislador, mesmo que as circunstâncias históricas e os padrões de moralidade sejam outros, inteiramente diversos daqueles existentes ao tempo da edição da lei” (Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, ano 1, v. 5, p. 76-97, mar/abr. 2005. p. 80).

aplicável ao caso, da qual defluiria automaticamente o seu sentido unívoco.¹⁵¹

Contudo, essa concepção típica do positivismo jurídico não se sustentou.¹⁵² Se, por um lado, a abstração e a generalidade da lei constituem uma garantia – na medida em as hipóteses normativas se prestariam a solucionar todas as situações e obrigariam a todos, sem distinção, restringindo a arbitrariedade das vontades individuais –, por outro, denotam a própria falibilidade da atividade legislativa. Várias são as razões para essa constatação.

Primeiro, porque é impossível prever todas as situações e todas as consequências que podem advir da vida em sociedade. Ora, se a lei é incapaz de consubstanciar todas as conjunturas possíveis e imagináveis, inevitavelmente haverá casos em que a mera subsunção dos fatos à hipótese normativa não será suficiente. Assim, exige-se maior esforço interpretativo e argumentativo do magistrado, para que possa encontrar a solução mais adequada de acordo com o ordenamento jurídico.¹⁵³

Segundo, porque a lei, muitas vezes, já nasce em descompasso com a realidade social que pretende regular¹⁵⁴, dado o procedimento e as etapas imprescindíveis à conclusão do processo legislativo. Daí a importância de se conferir ao julgador um espaço interpretativo, de modo que lhe seja permitido adequar a previsão legislativa à realidade social – que, de fato, deve orientar sua aplicação.

¹⁵¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 172.

¹⁵² Em verdade, como aduz Luis Alberto Warat, tratou-se de teoria formalista que, exaltando a ideia de segurança, buscava legitimar o *modelo napoleônico de direito (Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 47). Na mesma linha, assenta Antonio Carlos Wolkmer que “na formalização positivista o Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva, previsibilidade e segurança” (*Síntese de uma história das ideias jurídicas da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006. p. 191).

¹⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11.

¹⁵⁴ Exemplo disso no Brasil foi o Código Civil de 2002, cuja tramitação legislativa durou quase trinta anos.

Terceiro, porque cada vez mais o legislador se vale de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados¹⁵⁵, que requerem integração por parte do aplicador da lei¹⁵⁶; são “um complexo de técnicas legislativas por meio das quais se acaba por delegar ao juiz escolhas que o legislador não pode ou não quer fazer”.¹⁵⁷ Diante disso, a atividade interpretativa se torna essencial para dar concretude àquelas regras abstratamente previstas na lei¹⁵⁸ – especialmente, considerando que o juiz não se pode abster de julgar.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Nicola Picardi acrescenta às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados os conceitos-válvula, os *legal standards* e os conceitos discricionários – como técnicas legislativas abertas, de que, por vezes, vale-se o legislador. Diz o autor que: “a cultura jurídica, por sua vez, está empenhada, pelos menos há um século, em analisar as diversas formas de abertura da lei e a prospectar sutis, mas nem sempre claras, distinções, como os conceitos-válvula (*Ventillbegriffe*), os *legal standards*, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), os conceitos discricionários (*Ermessensbegriffe*), os conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmten Rechtsbegriffe*)” (*Jurisdição e processo*, p. 7).

¹⁵⁶ A técnica legislativa não escapou às críticas de Humberto Theodoro Junior. Diz o autor que “o próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a ideias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de valores (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável, e por isso mesmo, injustificável do legislador contemporâneo, deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social” (A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 136, p. 32-57, jun. 2006. p. 34).

¹⁵⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, p. 7.

¹⁵⁸ Eduardo Albuquerque Parente assim resume a ideia: “em suma, o legislador, ciente das suas limitações, abdica da função de caracterizar a norma como um tipo integralmente fechado e deixa parte do trabalho para o juiz (conceitos juridicamente indeterminados). É inegável que o magistrado passa a deter maiores poderes interpretativos, pois deverá

Quarto, porque as dificuldades hermenêuticas – oriundas, principalmente, das lacunas legislativas, dos conflitos entre regras e colisões entre princípios – exigem interpretação ao se aplicar a lei. A ausência de previsão legal é tão ou mais perniciosa que o seu excesso, visto que delega aos magistrados a tarefa de preencher lacunas e solucionar eventuais impasses interpretativos para, então, extrair a norma aplicável ao caso.

Por fim, o sistema jurídico “não é um sistema hermético e imune à dinâmica da facticidade”; pelo contrário: vê-se imiscuído em um contexto e em uma realidade que influenciam sua configuração e dos quais não se pode dissociar.¹⁶⁰

Então, é nítido que a segurança na lei não se sustenta sem a segurança na interpretação da lei. Tanto o excesso quanto a falta de previsão legal acarretam insegurança jurídica na medida em que dificultam a extração da regra aplicável ao caso (seja pelas antinomias entre as regras ou pelas lacunas acerca de determinada matéria). A compreensão que daí se extrai é quanto à indispensabilidade da atividade interpretativa dos julgadores.¹⁶¹

A superação do paradigma positivista, nesse sentido, acarretou a valorização da função jurisdicional, em cujo exercício se pode integrar e interpretar o sentido da lei. Contudo, não pôs

complementar o sentido da norma e decidir sobre sua aplicabilidade” (*Jurisprudência*: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006. p. 47-48).

¹⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 42.

¹⁶⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 223. Aduz o autor que “a *juridicidade* é, antes de estaque setor de coerção de condutas, um fenômeno em dialética constante com o próprio referente sobre o qual se assenta, e se constrói, mas também uma forma de calibração e adequação do próprio sistema jurídico [Grifo do autor]” (*Ibidem*, p. 224).

¹⁶¹ Como sustenta Ovídio A. Baptista da Silva, “o sentido não está, univocamente, no texto. O sentido será dado, necessariamente, pelo intérprete. Não há um sentido *a priori*, independente do respectivo contexto em que ele se insere. Depois de estabelecer a ‘verdade’ dos fatos, o que já constitui uma tarefa laboriosa e sempre discutível [...], quem tenha a tarefa de interpretar (aplicar) o direito, terá de encontrar o ‘significado’ do ‘fato’” (Verdade e significado. *Revista Magister de Direito civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, ano 1, v. 5, p. 76-97, mar/abr. 2005. p. 84).

fim à discussão instaurada na doutrina, quanto aos limites da função exercida pelos juízes: se meramente declaratória ou se também constitutiva do direito¹⁶² – em outros termos, se os juízes se limitam a dizer o direito ou se também atuam na sua criação.¹⁶³ Embora se trate de concepções teóricas bastante densas, é importante discorrer, ainda que brevemente, sobre os aspectos que as diferenciam – até porque maiores digressões a respeito extrapolam o escopo desta pesquisa.

Aos adeptos da primeira corrente, que entendem ser a função jurisdicional meramente declaratória (*teoria cognitivista*)¹⁶⁴, o juiz se limita à declaração do sentido da lei.¹⁶⁵

¹⁶² A essas funções, declaratória e constitutiva, correspondem as doutrinas objetivistas e subjetivista, respectivamente. Diz Tercio Sampaio Ferraz Jr. que, a doutrina subjetivista, “sendo a ciência jurídica uma ciência hermenêutica, toda interpretação é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma), ressaltando-se o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas [Grifos do autor]”. Noutra senda, na doutrina objetivista, “a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que quis dar-lhe o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação atual em que ela se aplica), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma vige e das técnicas apropriadas para a sua captação” (*A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 70-71).

¹⁶³ Nas palavras de Nicola Picardi, “as teses opostas sobre a função do juiz, até hoje debatidas, podem ser sintetizadas no dilema – com a inevitável aproximação, em reconstruções dessa espécie: descoberta ou criação do direito” (*Jurisdição e processo*, p. 13).

¹⁶⁴ Nesse sentido, CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, v. 1, p. 197.

¹⁶⁵ Explica Norberto Bobbio que “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas [Grifo do autor]” (*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 212). O autor salienta que não se rechaça a ideia de interpretação, à luz do positivismo; contudo, essa atividade interpretativa é vista sob uma perspectiva *estática*, que “deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-

Como aduz Luiz Guilherme Marinoni, “nessa teoria – que tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito –, o conteúdo da lei está implícito no texto legal”¹⁶⁶. Daí se falar em sentido exato da lei, que é preexistente e que é simplesmente explicitado pelo julgador.¹⁶⁷

Nesse contexto, não se admite ao juiz qualquer espectro discricionário na atividade judicante. Até porque, caso as normas admitissem mais de uma interpretação possível e se para a extração do sentido fosse necessária atividade interpretativa do magistrado, haveria uma usurpação do poder originariamente atribuído ao legislador (qual seja, o papel de criação da lei), violando a regra da separação dos poderes.¹⁶⁸

sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação *evolutiva* sustentada pela corrente antipositivista [Grifo do autor]” (*Ibidem*, p. 214).

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, p. 63.

¹⁶⁷ É pertinente destacar a passagem em que Daniel Mitidiero pontua as principais concepções da teoria cognitivista: “como observa a doutrina, as teses centrais da teoria cognitivista podem ser assim resumidas: i) toda norma tem um *significado intrínseco*, implícito, mas *objetivamente dado*; ii) a atividade do intérprete consiste em *individualizar* e *tornar explícito* esse significado; iii) eventual problema interpretativo, ou a existência de mais de um significado atribuível ao mesmo enunciado normativo, resolve-se pela *individualização do verdadeiro significado* e descarte dos demais significados, que por consequência são *falsos*; iv) o método interpretativo é *lógico-dedutivo* e *exclui qualquer valoração* e *escolha discricionária* do intérprete; e v) o juiz interpreta a norma a fim de declarar o seu significado implícito objetivamente existente, *sem em nenhum momento realizar qualquer escolha valorativa*, e aplica *dedutivamente* a norma ao fato [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 35-36).

¹⁶⁸ Ao discorrer sobre o assunto, Inocêncio Mártires Coelho aduz que “o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, há muito tempo entrou em crise e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus geniais formuladores. *Superada* essa fase da sua evolução histórica [...] cumpre repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada. Noutras palavras, impõe-se *reinterpretar* o velho dogma para adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito, que, sem deixar de ser *liberal*, tornou-se

O pressuposto que subjaz a essa primeira orientação, portanto, é de que existe uma única interpretação possível em relação ao texto normativo, razão pela qual o juiz figura como mero aplicador da lei: incumbe-lhe, tão somente, promover a subsunção do caso à hipótese normativa, extraindo daí a sua decisão. Curvam-se os juízes à dicção da lei enquanto *comando geral e indiscutível*, com uma *vocação para ser silenciosamente obedecido*.¹⁶⁹

Essa concepção, como mencionado, advém da experiência francesa pós-revolucionária, quando os juízes foram submetidos ao império da lei e eram incumbidos de explicitar o seu

igualmente *social e democrático*, não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o *alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais* [Grifos do autor]” (A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 34, v. 134, p. 99-106, abr./jun. 1997. p. 105-106).

¹⁶⁹ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*, p. 9. Explicita o autor que “o processo de involução do direito moderno foi irrefreável: a lei é um comando, um comando oficial e autoritário, um comando geral, um comando indiscutível, com uma vocação essencial de ser silenciosamente obedecido; portanto, a sua propensão a se consolidar em um texto, a se reinserir em um texto documentado onde qualquer um possa lê-lo para depois obedecê-lo, em um texto que é por sua natureza fechado e imóvel, que tornará rapidamente empoeirado e, a respeito da vida que continua a correr rapidamente em volta, também envelhecido. Mas o poder daquele texto permanecerá forte, com o auxílio dos juristas servis, que persistirão nas suas liturgias sobre o texto [Tradução nossa]” (*Ibidem*). No original: “*Il processo di involuzione del diritto moderno è stato inarrestabile: la legge è un comando, un comando autorevole e autoritario, un comando generale, un comando indiscutibile, con una sua vocazione essenziale ad essere silenziosamente ubbidito; da qui, la sua propensione a consolidarsi in un testo, a reinserrarsi in un testo cartaceo dove chiunque possa leggerlo per poi ubbidirgli, in un testo che è per sua natura chiuso e immobile, che diverrà presto polveroso e, rispetto alla vita che continua a scorrere rapidamente all’intorno, anche invecchiato. Ma il potere persisterà a farsi forte di quel testo con l’ausilio di giuristi servili che persisteranno nelle loro liturgie sul testo*”.

sentido.¹⁷⁰ Em outras palavras, surgiu de um contexto histórico em que era preciso limitar a atuação dos juízes, a fim de resguardar a higidez da nova ordem estatal burguesa. Assim, em um movimento contra o absolutismo monárquico¹⁷¹, desenvolveu-se a ideia de que caberia ao legislador – e não aos magistrados – definir as leis e as consequências jurídicas aplicáveis em caso de transgressão, transformando o tribunal em “órgão executivo da competência legislativa”.¹⁷²

O silogismo aristotélico na atuação judicial perfectibilizava-se nesse contexto: a lei como premissa maior; o caso concreto como premissa menor; a decisão como

¹⁷⁰ Sobre a sujeição do juiz à lei, Nicola Picardi traça um retrospecto, abordando o contexto histórico em que adveio o *Code Luis*, na França. Nesse passo, pontua o autor que “as duas décadas entre 1653 e 1673 foram caracterizadas, precisamente, por um endêmico conflito entre os magistrados e o rei, conflito que este último tentou superar adotando uma série de provimentos legislativos, direcionados a limitar os poderes dos juízes, entre os quais a ordenação aqui em exame [*Code Luis*] assume importância toda particular”. Em síntese, “ao rei-juiz do constitucionalismo medieval substituíra-se o rei-legislador: a *iurisdictio* acabava, conseqüentemente, por perder o significado originário de poder soberano *tout-court* e, com a sua imagem do julgar, era destinada a cobrir uma esfera de poder diferente do poder de fazer as leis, poder este que se tornava agora o sinal distintivo da soberania” (*Jurisdição e processo*. p. 81-83).

¹⁷¹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda comenta que “à medida que o Estado chamava a si a função de julgar, a distribuição da justiça saía das mãos dos reis para os tribunais dos reis, daí para os tribunais dos Estados constitucionais e, finalmente, democráticos, donde passou a formas mais científicas de correção ao absolutismo persistente, residual, da lei como pretensa ‘fonte única do Direito’” (*Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 5).

¹⁷² A expressão é emprestada de Paula Pessoa Pereira que, ao discorrer acerca da teoria cognitivista, afirma que o tribunal “é concebido como um órgão executivo da competência legislativa, e a metodologia jurídica como simples dedução, na medida em que esta não toleraria desvios na operação de subsunção da lei à espécie concreta. E por isso se exigia o *référé législatif* (reconstrução da vontade do legislador) como recurso para os casos que apresentassem problemas de interpretação” (*Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71).

conclusão.¹⁷³ Ora, se o sentido da norma é preestabelecido pelo próprio legislador e se incumbe ao intérprete tão somente extraí-lo com uma atuação eminentemente declaratória, então basta a aplicação do método silogístico para subsumir o caso concreto à hipótese normativa e daí extrair a solução, que é única. Eventuais impasses na aplicação da norma deveriam ser solucionados recorrendo-se aos critérios hermenêuticos clássicos.

Há, contudo, aqueles que compreendem ser a função jurisdicional constitutiva do direito¹⁷⁴, de forma que o juiz não se limita a declarar o sentido da lei (premeditado pelo legislador),

¹⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. p. 197. É oportuno reproduzir a analogia de que se vale o autor: “o sistema jurídico é como um imenso armário no qual cada gaveta contém a previsão de um certo tipo de hipótese: o trabalho do juiz consiste principalmente na qualificação dos fatos comprovados, é dizer, em procurar qual seja, entre as milhares de hipóteses previstas pela lei, aquela à qual corresponde a hipótese comprovada. Uma vez encontrada essa coincidência, o juiz não tem que fazer mais que abrir a gaveta individualizada no armário (é dizer, o artigo do código que faz o caso), e dentro dela encontra, como uma receita, a solução pronta. Este é o famoso mecanismo lógico em virtude do qual toda sentença pode se esquematizar num silogismo: a premissa maior é a lei; a premissa menor, o fato: basta que o fato coincida com a previsão da lei, para que a conclusão surja por si só” (*Idem*).

¹⁷⁴ Entre eles, Hans Kelsen, para quem “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura quer a norma a aplicar representa” (*Teoria pura do direito*, p. 394). Eduardo Couture, por sua vez, defende que “a jurisdição é declarativa e constitutiva ao mesmo tempo. Declara o direito preexistente e cria novos estados jurídicos de certeza e coerção inexistentes antes da coisa julgada [Tradução nossa]” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 42). No original: “*la jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada*”. Também nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 66.

mas atua diretamente na criação do direito.¹⁷⁵ Parte-se do pressuposto de que a lei admite mais de uma interpretação, do que defluem várias soluções igualmente respaldadas pelo ordenamento jurídico.

Nesse passo, torna-se fundamental o papel de intérprete do magistrado, que com o seu conhecimento jurídico estará apto a aplicar a lei conforme o sentido que mais se adegue ao caso em exame. Por mais que essa interpretação sirva para a concreção da norma, atribuindo-lhe um sentido diante do caso, não invade a competência do legislativo e, por derradeiro, não infringe o princípio da separação de poderes¹⁷⁶ – ao contrário do que se poderia cogitar. Em outros termos, não há usurpação de competência porque o princípio da separação dos poderes nunca significou uma cisão absoluta entre as funções (que mantêm um sistema de freios e contrapesos) e porque deve ser interpretado à

¹⁷⁵ Assenta Alf Ross que “a interpretação (em sentido próprio, ou seja, como atividade cognitiva que só busca determinar o significado como fato empírico) tem que fracassar. Entretanto, o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento” (*Direito e justiça*. p. 103).

¹⁷⁶ Ao tratar do princípio da separação de poderes, José Joaquim Gomes Canotilho aduz que pode ser decomposto em “duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controlo’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de separação dos poderes. O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder [Grifos do autor]” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 250).

luz da nova ordem constitucional, sob a égide do Estado Constitucional de Direito.¹⁷⁷

Sem olvidar o notável substrato teórico sobre o qual se erigem ambas as concepções (declaratória e constitutiva) e à revelia de maiores aprofundamentos sobre o assunto (dada a delimitação do escopo deste trabalho), a história do direito demonstra um crescente apreço pelas decisões judiciais em detrimento da legalidade estrita. Há uma disposição em reconhecer a jurisprudência como fonte normativa, tal qual a lei, os costumes e a doutrina.

No âmbito do ordenamento brasileiro, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda já se referia à lei em sentido amplo, englobando todas as fontes do direito. É o que se infere da seguinte passagem, quando discorre sobre o escopo da relação jurídica processual: “o fito que se tem na relação jurídica processual é a aplicação da lei. Por ‘lei’ não se entende somente a lei escrita, mas a lei no sentido mais largo, que é qualquer fonte de direito. O que o juiz aplica é o direito, e não só o texto escrito”.¹⁷⁸

Então, o pertencimento do direito brasileiro ao sistema do *civil law* (em que a afeição ao direito legislado é pressuposto básico para a atuação jurisdicional) não ignora nem minora a importância que a função jurisdicional desempenha no desenvolvimento do direito; ao contrário, o que se tem observado é um crescente prestígio às decisões judiciais, utilizadas como

¹⁷⁷ Como aduz José Afonso da Silva, “hoje, o princípio [da separação de poderes] não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes* [Grifos do autor]” (*Curso de direito constitucional positivo*. p. 109). Da mesma forma, Mauro Cappelletti assenta que “quando falamos hoje na Separação de Poderes, certamente não queremos dizer ‘*séparation*’ no sentido original francês; queremos dizer, isso sim, conexões recíprocas e controles mútuos” (Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, Ed. do TRF4, ano 12, v. 40, p. 15-49, 2001. p. 43).

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, p. 39.

reforço argumentativo¹⁷⁹, sinalizando em definitivo que a mera adstrição à letra da lei sem interpretação é impossível de viabilizar a função judicante.¹⁸⁰ Isso não significa, todavia, uma absorção irrefletida dos preceitos típicos do *common law* ao direito brasileiro, muito menos a convalidação de um sistema originariamente afeito ao *civil law* em *common law*.

Aliás, há muito restou superada a concepção de que as duas famílias do direito (de origem romano-germânica e de origem anglo-saxã) seriam estanques e incomunicáveis. Além disso, também não se olvida que sofram influências mútuas, com a incorporação de elementos característicos de um sistema em outro, em verdadeira “interpenetração, sem transmutação”, como pontua Pedro Miranda de Oliveira.¹⁸¹

Reafirma-se, portanto, que o direito não se resume à lei; também os costumes, a doutrina e, cada vez mais, a jurisprudência são fontes normativas. E disso defluiu a riqueza do ordenamento jurídico, que contempla inúmeras prescrições (de ordem legal, jurisprudencial, doutrinária, costumeira) e enseja inúmeros vieses interpretativos. Nesse contexto, por consectário, disseminam-se as divergências jurisprudenciais, ora entendidas por uma ótica positiva (na medida em que viabilizam o desenvolvimento do direito) ora por uma ótica negativa (quando

¹⁷⁹ Pontua José Rogério Cruz e Tucci que “diante da desmedida pleora de recursos que abarrotam as nossas cortes de justiça, a experiência tem demonstrado que os acórdãos, via de regra, são fundamentados na jurisprudência, em particular, dos tribunais superiores, fator esse que aumenta em muito a previsibilidade do resultado do processo” (*Precedente judicial como fonte do direito*, p. 258).

¹⁸⁰ Ao versar sobre o assunto, Nicola Picardi diz não ser factível obstar ou conter a interpretação judicial. Nas palavras do autor: “a verdade é que não é possível proibir ou limitar a interpretação judicial: esta acaba pela natureza das coisas com desbordar de qualquer barreira que se queira impor-lhe, como ficou demonstrado também pelas experiências posteriores. A tentativa do *Code Luis* fica, todavia, como um exemplo significativo do projeto de impor *um modelo de legislação sem jurisdição* que representa a ruptura com o modelo do direito comum, solicitado pela oposta tentação de uma *jurisprudência sem legislação* [Grifos do autor]” (*Jurisdição e processo*, p. 97).

¹⁸¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013. p. 18.

passam a significar uma afronta ao princípio da isonomia material)¹⁸² – como se abordará, oportunamente, no segundo capítulo deste trabalho.

As lacunas legislativas e/ou até a inação do legislador, em muitos casos, acarretaram o fortalecimento da magistratura enquanto instituição, enquanto poder autônomo. Ampliam-se os poderes dos juízes para, no exercício da função jurisdicional, colmatar as brechas deixadas pelo legislador (seja porque se tenha valido de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados¹⁸³, seja porque haja sido omissivo na disciplina legal de determinada questão).

Nesse sentido, “não se pode negar que o juiz, ao interpretar a norma, sempre, em algum grau, desempenha papel criativo, dando vida e conteúdo concreto às disposições genéricas da lei”¹⁸⁴.

Em meio às lacunas legislativas e às ambiguidades¹⁸⁵ inerentes à linguagem (rica, por essência), incumbe aos

¹⁸² Importante ressalva faz Alf Ross ao consignar que “não pode ser visto como injusto, tendo, ao contrário, que ser um dos requisitos da justiça haver distinções de maneira tal que as vantagens e as cargas, os direitos e os deveres, sejam distribuídos levando-se em conta as circunstâncias condicionantes. [...]. O requisito da igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa. A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira” (*Direito e justiça*, p. 315).

¹⁸³ Explica Tercio Sampaio Ferraz Jr. que “conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das consequências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma *explícita* determinação. [...]. É como se o legislador, cômico da generalidade dos termos que tem que usar e da impossibilidade de particularizá-los ele próprio, sob o risco de uma casuística sem fim, convocasse o aplicador para participar da configuração do sentido adequado” (*A ciência do direito*, p. 96).

¹⁸⁴ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 19.

¹⁸⁵ Pontua Alf Ross que “a maioria das palavras não têm um campo de referência único, mas sim dois ou mais, cada um deles construído sob forma de uma zona central à qual se acrescenta um círculo de incerteza. Tais palavras são chamadas de ambíguas” (*Direito e justiça*, p. 143).

magistrados interpretar e extrair o sentido que melhor se preste à solução do caso, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.¹⁸⁶

Esse processo interpretativo, pretensamente imparcial, não ocorre à revelia de valorações e de elementos de cunho subjetivo. O ato de decidir é revestido por escolhas, entre as várias interpretações possíveis de extrair do texto normativo. Dessa assertiva se infere que o ofício judicante envolve atribuições que vão além de uma simples declaração do sentido da lei (como se discorrerá adiante).

De qualquer forma, em maior ou menor grau, seja no sistema do *common law*, seja no sistema do *civil law*, os juízes exercem papel fundamental na evolução do direito na medida em que, ao analisarem os casos submetidos à sua apreciação, não se podem furtar à interpretação da lei e, assim, conferir concretude ao texto normativo pressuposto (elidindo o lapso existente entre o plano deontológico e o plano ontológico). Como resultado de um processo interpretativo, as decisões judiciais passam a também orientar as condutas dos jurisdicionados em conjunto com a lei, assumindo notável relevo no direito brasileiro.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Eros Roberto Grau diz que “interpretação e aplicação do direito são uma só operação. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado” (*Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*, p. 33).

¹⁸⁷ Basta constatar, por exemplo, que há muito se cultiva a prática de invocar decisões pretéritas, emanadas dos tribunais, como reforço argumentativo – seja pelas partes, em suas manifestações, seja pelo próprio juiz, ao apreciar caso semelhante a outros já julgados. Outrossim, a legislação processual civil passou a prever, no direito brasileiro, hipóteses em que o juiz está autorizado a julgar liminarmente o pedido, a conceder tutela de evidência ou a desprover recurso, conforme haja acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de casos repetitivos (como se verifica nos artigos 332, 311 e 932, do Código de Processo Civil de 2015, respectivamente). Importante salientar que, muito embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha conferido maior ênfase às decisões judiciais – em especial, às emanadas dos tribunais superiores (STJ e STF) – essa tônica na jurisprudência não é novidade no direito brasileiro.

A crescente valorização das decisões judiciais não significa desprestígio à lei – até porque, entender desta forma é similar a violar a essência do direito brasileiro, filiado ao sistema do *civil law*. A lei continua norteando e limitando o exercício da função jurisdicional, de forma que os magistrados permanecem obrigados a segui-la e a aplicá-la.¹⁸⁸ Mas, frise-se, as decisões dos tribunais, em alguns casos, também exercem influência na aplicação da lei e na conduta dos jurisdicionados.¹⁸⁹

De fato, não se pode olvidar a importância desempenhada pela lei, em especial pelos seus atributos de abstração e de generalidade – a garantir que permissões e proibições estejam previamente ditas e a evitar que haja distinção de tratamento, pelo prisma material (não apenas formal). Contudo, a forma como o apreço à lei foi idealizado à luz do positivismo jurídico não se sustentou.

Constatada a insuficiência da atividade subsuntiva e a necessidade de interpretação, o foco se voltou para a atuação dos aplicadores da lei. Outrossim, as omissões legislativas levam a crer que o legislador, algumas vezes, não exerce na íntegra a função que lhe incumbe – ou, ao menos não de forma tão específica como a aplicação da lei ao caso concreto exige –, relegando aos órgãos julgadores a tarefa de suprir tais lacunas; outras, limita-se a definir contornos gerais – quando se vale de conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo –, deixando a cargo dos magistrados a delimitação daquele espectro normativo. Portanto, várias são as situações em que o julgador se sub-roga, em certa medida, na atividade do legislador.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Contudo, não raro, veem-se julgamentos à revelia de previsões legais, mediante a aplicação (de todo distorcida) da máxima da proporcionalidade – tratada, indevidamente, como sinônimo de razoabilidade. Em síntese, sob tais termos, esconde-se o intuito de legitimar, a qualquer custo, o “decisionismo”; uma postura que se coaduna à negativa de vigência da lei.

¹⁸⁹ É comum investigar o entendimento dos tribunais a respeito de determinada questão a fim de verificar, por exemplo, a viabilidade de determinada atividade comercial, os riscos envolvidos, os direitos que são resguardados, em detrimento de outros.

¹⁹⁰ Ao se debruçar sobre tais situações, em que o legislador, propositadamente, promove uma “abertura do tecido normativo”, Nicola Picardi diferencia duas ordens de fenômenos diversos: os “conceitos-válvula” e os “conceitos indeterminados”. Diante de “conceitos-

Afora isso, é indiscutível que as decisões judiciais têm o condão de responder às demandas dos jurisdicionados com muito mais tempestividade do que a lei.¹⁹¹ Isso não traduz uma prestação jurisdicional célere porque, de fato, a celeridade é sempre um dos objetivos norteadores das alterações legislativas, em especial na seara processual civil. A ideia, aqui, é que as leis muitas vezes já nascem obsoletas, considerando o lapso temporal inerente a um processo legislativo (desde a propositura de um projeto de lei até a sanção presidencial) e, nesse vácuo, os tribunais têm maiores condições de acompanhar, em certa medida, os anseios sociais.

válvula”, o juiz efetua uma escolha de valores, exercendo o próprio poder discricionário. Já os “conceitos indeterminados” não exigem qualquer juízo axiológico ou valorativo; mas, tão somente, o emprego dos poderes vinculados, a fim de tornar explícitos “os elementos já contidos no dado jurídico” (*Jurisdição e processo*, p. 18-19).

¹⁹¹ A esse respeito, aduz Paolo Grossi que “um direito concebido como uma série de comandos autoritários ou, como já se sustentou reiteradamente, uma técnica para garantir um completo controle social, corre sempre o risco de se separar da história viva que é a sociedade, a qual – justamente porque história viva – escapa, ou pelo menos tende a escapar, à rigidez dos comandos ou às imobilizações de controles eficazes. Um direito concebido como ordem é a própria estrutura da sociedade, quase uma rede que a suporta impedindo o caos tremendo que provém do seu próprio seio e que a segue no seu perene desenvolvimento em perfeita adesão e coerência graças à sua índole naturalmente elástica. A sociedade abomina correntes vinculantes que sufocam a sua espontânea adequação, enquanto acomoda uma medida capaz de respeitar sua historicidade [Tradução nossa]” (*Prima lezione di diritto*, p. 18). No original, “*un diritto concepito come una serie di comandi autorevoli, o, secondo quanto si è ripetutamente sostenuto, una tecnica per garantire un pieno controllo sociale, corre sempre il rischio di separarsi da quella storia vivente che è la società, la quale – proprio perché storia vivente – sfugge, o almeno tende a sfuggire, alle rigidità di comandi o alle immobilizzazioni di controlli efficaci. Un diritto concepito come ordine è la trama stessa della società, quasi una rete che la sorregge impedendone lo sfacio, che proviene dal suo stesso seno e che la segue nel suo perenne sviluppo in perfetta adesione e coerenza grazie alla sua indole naturalmente elastica. La società aborre da catene vincolanti che soffocano il suo spontaneo adeguamento, mentre accoglie una misura in grado di rispettare la sua storicità*”.

Em um contexto marcado pela valorização das decisões judiciais enquanto produto da interpretação dos magistrados, não se sustenta a concepção do juiz como mero reproduzidor do sentido implícito, previamente insculpido no texto da lei. A partir do momento em que se admite a impossibilidade de dissociar a função jurisdicional da interpretação – e, por conseqüência, concebe-se o papel ativo do magistrado na aplicação da lei e no desenvolvimento do direito – ocorre uma quebra de paradigma. Os preceitos típicos do positivismo jurídico se tornaram insustentáveis à luz de uma nova concepção que parte do pressuposto da incompletude da lei.

Feitas essas digressões, que denotam uma alteração de perspectiva – da legalidade estrita à valorização das decisões judiciais –, passa-se a analisar a função interpretativa dos órgãos julgadores e sua contribuição para o desenvolvimento do direito.

1.2.2 Função interpretativa dos órgãos julgadores e sua contribuição para o desenvolvimento do direito

O reconhecimento da interpretação, como atividade ínsita ao exercício da função jurisdicional, é um marco na história do direito. A partir da premissa de que texto e norma não se confundem, torna-se imprescindível o ofício exercido pelos órgãos julgadores na medida em que extraem da hipótese legal a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Essa atividade, que invariavelmente exige interpretação, faz com que os magistrados assumam um papel fundamental no desenvolvimento do direito.

Como pontuado anteriormente, sob a égide do Estado Constitucional, passa-se a admitir que a lei comporta mais de uma interpretação (é plurissignificativa), cabendo ao magistrado extrair o sentido que melhor sirva à solução da controvérsia, em consonância com o ordenamento jurídico. A moldura kelseniana bem elucida essa ideia, ao preconizar que uma mesma hipótese normativa pode levar a inúmeras soluções, a depender do caminho interpretativo adotado pelo juiz.¹⁹²

Por decorrência, cai em desuso a concepção típica do Estado Liberal clássico que preconizava a coerência e a

¹⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390.

completude do direito.¹⁹³ Abandona-se, igualmente, a ideia de que mediante a aplicação do direito seria possível atingir a certeza – porquanto haveria uma única interpretação possível e correta, a ser declarada pelo intérprete (na medida em que está implícita na lei). Definitivamente, a lei encobre uma pluralidade semântica¹⁹⁴, que não pode passar ao largo da devida interpretação.

Assim, interpretar não mais significa “*descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação*” como se fosse um “*ato de puro conhecimento*”¹⁹⁵. Inclusive, porque, dentro da moldura da

¹⁹³ Paolo Grossi bem resume a concepção vigente à luz do Estado Liberal clássico ao dizer que “a experiência jurídica deve se conformar aos modelos de ações determinadas pela vontade soberana: deverá desenvolver-se em uma dimensão consequentemente legalista, sempre *secundum legem*. E porque o controle seja perfeito, a lei deverá ser geral e rígida, mas também clara e certa; e será escrita, escrita em um texto onde cada cidadão possa lê-la; e se poderá estabelecer (como se enuncia) que a ignorância dos seus ditames não é desculpa. O estadismo moderno se traz, em resumo, para o direito e para os juristas em um intenso monismo e perpetua durante toda a modernidade – mesmo depois do fim do absolutismo político – um absolutismo jurídico que convive pacificamente com o liberalismo econômico [Tradução nossa]” (*Prima lezione di diritto*, p. 34). No original, “*l’esperienza giuridica deve conformarsi ai modelli di azioni fissati dalla volontà sovrana; dovrà svilupparsi in una dimensione ossequentemente legalitaria, sempre secundum legem. E perché il controllo sia perfetto, la legge dovrà essere generale e rigida ma anche chiara e certa; e sarà scritta, scritta in un testo dove ogni cittadino possa leggerla; e si potrà sancire (come si sancisce) che la ignoranza dei suoi dettami non scusa. Lo statalismo moderno si traduce, insomma, per il diritto e per i giuristi in un greve monismo e perpetua durante tutta la modernità – anche dopo la fine dell’assolutismo politico – un assolutismo giuridico che convive beatamente con il liberalismo economico*”.

¹⁹⁴ Ovídio A. Baptista da Silva explica que “a plurivocidade do texto é uma contingência imposta pelas atuais circunstâncias vividas por uma sociedade aberta, democrática, tolerante e, consequentemente, convivendo com a nova realidade constituída por inúmeras linguagens” (Justiça da lei e justiça do caso. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 104, v. 400, p. 189-205, nov./dez. 2008. p. 193-194).

¹⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 35.

norma, várias são as interpretações possíveis, cabendo ao intérprete escolher a que se lhe afigure mais adequada à solução do caso concreto, considerando a íntegra do ordenamento jurídico.

Interpretar passa a ser um ato indissociável do ofício judicante, mediante o qual os magistrados integram o sentido do texto normativo, considerando as peculiaridades do caso concreto posto à sua apreciação. Em especial, os casos em que a previsão consubstanciada na lei traz em seu bojo cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou expressões ambíguas, por exemplo – que requerem um maior esforço interpretativo por parte dos magistrados – e os casos em que se verifica uma inflação legislativa¹⁹⁶ –, exigem análise e compatibilização entre diferentes textos normativos. Opera-se, portanto, uma importante alteração na forma como se vê a atuação dos juízes: de sujeitos passivos, substancialmente adstritos à letra da lei, passam a sujeitos ativos, com função fundamental não só na aplicação da lei (na extração da norma jurídica do caso concreto), mas, principalmente, no desenvolvimento do direito (na medida em que as grandes dificuldades, os grandes embates jurídicos exsurtem da apreciação dos casos concretos).¹⁹⁷

O contexto do Estado Social de Direito (*Welfare State*) traz consigo essa ampliação dos poderes dos magistrados.¹⁹⁸ Relega-

¹⁹⁶ Como pontua Nicola Picardi, “o aumento do número de regras comporta, assim, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e contradições internas do ordenamento” (*Jurisdição e processo*, p. 6).

¹⁹⁷ A esse respeito, comenta Luís Roberto Barroso que “o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005, p. 9).

¹⁹⁸ Aduz Nicola Picardi que “a ampliação dos poderes do juiz não constitui, contudo, um fenômeno limitado à nossa época. A situação parece se reportar, em alguns aspectos, a do *Ancien Regime*, mas com uma diferença de fundo. Como esclareceu Ugo Petronio, nessa época impunha-se distinguir entre juízes inferiores e supremos, estes colocados em um plano diverso e dotados de poderes diferentes. Só aos tribunais

se ao Estado a incumbência de zelar pelos direitos sociais, de preservar as garantias de que desfrutam os cidadãos e de entregar a devida prestação jurisdicional nos casos de violação. Em paralelo, amplia-se o acesso à justiça¹⁹⁹, reduzindo-se os custos da judicialização e permitindo que também os menos favorecidos economicamente possam instar o Poder Judiciário para resolver seus conflitos.²⁰⁰

Então, se o legislador é incapaz de prever todas as situações passíveis de ocorrência, em uma sociedade marcada pela complexidade e pela massificação, resta ao Judiciário atuar com vistas a responder às demandas dos jurisdicionados. Desta feita, é fácil perceber que há uma expansão da função jurisdicional, que seria relegada ao fracasso caso não se conferissem aos juízes maiores poderes.²⁰¹

supremos reconhecia-se a função ‘criativa’: esses podiam enunciar regras de justiça extraídas do contexto compreensivo do ordenamento ou até da própria consciência” (*Jurisdição e processo*, p. 21).

¹⁹⁹ Especificamente no Brasil, como destaca Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “os primeiros resultados visíveis decorrentes de todos esses movimentos tendentes à democratização do acesso à justiça, como veículo de efetiva e justa concretização de direitos individuais, sociais e coletivos, começaram a surgir no campo legislativo a partir da década de 80” (*Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 45-46).

²⁰⁰ Ao analisarem os problemas relativos ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garth identificaram três soluções (três ondas): a primeira onda concerne à assistência judiciária aos hipossuficientes economicamente (como forma de viabilizar o acesso inclusive aos menos favorecidos, sob o viés econômico); a segunda onda é relativa à representação dos interesses difusos (a provocar a revisão de alguns conceitos básicos da processualística civil); a terceira onda, por fim, envolve uma concepção ampliada de acesso à justiça (em especial mediante alterações na própria estrutura judiciária) (*Acesso à justiça*, p. 31).

²⁰¹ Nicola Picardi, ao estabelecer essa relação entre o Estado Social de Direito e a ampliação dos poderes do juiz, faz a seguinte observação: “é sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz. O fenômeno entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros” (*Jurisdição e processo*, p. 5).

Paralelamente, nas searas em que ocorrem inflações legislativas – com a edição de leis muitas vezes supérfluas e conflitantes –, a função jurisdicional também desponta como apta a solucionar as antinomias, com fulcro nos critérios hermenêuticos já sedimentados no ordenamento jurídico pátrio. Então, mais uma vez, compete aos juízes interpretar as leis de forma a eliminar falhas oriundas do Poder Legislativo.

Não há dúvidas sobre a função interpretativa dos órgãos julgadores; o que se discute, no entanto, são os contornos desta interpretação: se, ao interpretar, os juízes criam o direito²⁰² ou se simplesmente integram o direito²⁰³ (integrando o sentido da norma). Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, por exemplo, defende que “o direito é feito pelo legislador e por outros

²⁰² Mauro Cappelletti, por exemplo, em sua obra “Juízes legisladores?”, afirma que tanto os juízes quanto o legislador atuam na criação do direito. E aduz: “certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making process*’. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz” (*Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 74). Ainda, na mesma obra, o autor exemplifica que os tribunais “operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa Oriental, o poder de emanar ‘diretivas’ gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto. De resto, não hesitarei em atribuir caráter legislativo, muito mais do que judiciário, também aos *obiter dicta* prolatados por certas cortes superiores dos países de ‘*Common Law*’, no caso em que tais *dicta* – que por definição ultrapassam o pedido da parte e não são necessários para a decisão do caso concreto – terminem por assumir, pelo menos de fato, eficácia vinculante *erga omnes*” (*Ibidem*, p. 81).

²⁰³ Na concepção de Daniel Mitidiero, “rigorosamente, não se trata propriamente de *criação* de norma jurídica, mas de *fixação de sentido normativo anteriormente equívoco* [Grifos do autor]”²⁰³ (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 72).

aparelhos juriferantes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio constitucional, básico, nos países civilizados”.²⁰⁴

A densidade teórica dessa discussão é tamanha que exigiria estudo específico, fora dos limites do presente trabalho. Contudo, impende destacar que parece haver uma tendência de se considerar que os juízes atuam na reconstrução do direito na medida em que partem da lei (preexistente, geral e abstrata) para chegar à norma jurídica do caso concreto (fruto da análise das peculiaridades fáticas à luz do ordenamento jurídico).²⁰⁵ Nas palavras de Humberto Ávila, “a atividade interpretativa não é nem totalmente construtiva, nem integralmente descritiva, mas reconstrutiva e situacional de sentidos mínimos de dispositivos normativos”.²⁰⁶

Afora as dissensões teóricas em torno do assunto – que fogem ao escopo deste trabalho, como advertido linhas atrás – a interpretação na função jurisdicional prospecta vários efeitos práticos, notadamente no que concerne à segurança jurídica. A partir do pressuposto de que várias soluções defluem do texto normativo, incumbe ao magistrado garantir que a aplicação da lei não se dê sem critérios, sob pena de afrontar os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Com razão, Mauro Cappelletti afirma que o cerne do problema não está na “clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e de criação do direito”; mas sim no “*grau de criatividade e dos modos, limites e*

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, p. 57.

²⁰⁵ Eis a posição de Luiz Guilherme Marinoni que ao justificar o seu posicionamento, vale-se do seguinte raciocínio: “a decisão judicial, ao atribuir sentido ao direito a partir de valorações devidamente racionalizadas pela Corte Suprema, revela uma ‘criação’ não apenas por fazer surgir algo que não preexiste à interpretação ou que decorre logicamente da lei, mas também por ser expressão de uma vontade do Judiciário. [...] Porém, a decisão judicial, em tal sentido, constitui mais propriamente criação de algo a partir da lei do que criação de direito que independe de uma lei já existente. Por isso, constitui mais propriamente uma *reconstrução* do que uma *pura construção* [Grifos do autor]” (*O STJ enquanto corte de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156-157).

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 343.

aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários [Grifos do autor]”.²⁰⁷ Em outros termos, a questão tange aos limites da atuação dos magistrados e perpassa a fundamentação das decisões judiciais. Desloca-se a preocupação do controle extremo sobre a atuação dos magistrados (a ponto de adstringi-la à letra da lei) para o controle dos fundamentos invocados nas decisões judiciais e para as teorias da argumentação.²⁰⁸

Diante da ausência de certeza e das várias possibilidades interpretativas, incumbe aos magistrados zelar pela justificação racional²⁰⁹ de suas decisões. As atenções, portanto, voltam-se para as razões invocadas pelos juízes como passíveis de justificar o caminho decisório adotado, dando a entender que não se pode restringir a um silogismo aristotélico (como outrora se concebia, à luz da Escola da Exegese).^{210,211}

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 21.

²⁰⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Configuração de direitos fundamentais e segurança jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 98, v. 887, p. 9-35, set. 2009. p. 26. Comenta o autor que “o problema é que interpretação desprovida de critérios rigorosos é um convite à insegurança jurídica, razão pela qual o domínio da teoria da argumentação jurídica representa um pressuposto inarredável para a aplicação do direito, assegurando-lhe razão prática” (*Ibidem*, p. 26).

²⁰⁹ Paula Pessoa Pereira aduz que “o Estado constitucional supõe assim um incremento quantitativo e qualitativo quanto à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior demanda de argumentação jurídica do que aquela exigida no espaço do Estado legislativo liberal. Aos juízes, neste cenário, incumbe a tarefa de justificar os juízos de valor na fundamentação das decisões que se socorrem dos princípios jurídicos, bem como dos direitos fundamentais” (*Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*, p. 38).

²¹⁰ Norberto Bobbio, ao discorrer sobre a Escola da Exegese, identifica cinco causas determinantes para o seu advento: (i) o *próprio fato da codificação* (como um “prontuário” a facilitar o deslinde dos casos); (ii) a *mentalidade dos juristas* (que concebiam a vontade do legislador como argumento de autoridade, a orientar suas atuações); (iii) a *doutrina da separação dos poderes* (que, na visão do autor, pode ser considerada como a “justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código”); (iv) o *princípio da certeza do direito* (como se fosse decorrência lógica da lei); (v) as *pressões exercidas pelo regime napoleônico* sobre o ensino do direito (com o intuito de ensinar tão somente o direito positivo). (*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 78-82).

Portanto, é forçoso legitimar o discurso adotado na decisão judicial, que deve necessariamente encontrar respaldo na lei, na doutrina, nos princípios que informam o ordenamento jurídico e nas decisões judiciais emanadas pelos tribunais superiores. A função interpretativa exige, assim, maior ônus argumentativo. Paralelamente a se conferir maior liberdade aos juízes, também é necessário estabelecer parâmetros de controle para que não se convole em um poder ilimitado – sob pena de afrontar, aí sim, o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, pode-se entender que há certo espaço de discricionariedade dos magistrados, mas não sem limites, como pondera Mauro Cappelletti:

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais* [Grifos do autor].²¹²

Então, se de um lado o juiz não está vinculado estritamente a uma única interpretação possível; de outro, essa margem à interpretação não é um poder absoluto, sem freios, que lhe permite julgar inclusive *contra legem*.²¹³ Pelo contrário, a lei

²¹¹ Miguel Reale relata que a Escola da Exegese, com origem na França e na Alemanha “lançou as bases da Ciência do Direito contemporâneo” ao pretender “construir o Direito baseado no Código Civil” (*Lições preliminares de direito*, p. 153).

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 23-24.

²¹³ Nicola Picardi diz que a discricionariedade é um “conceito de relação”, cujas definições variam a depender das circunstâncias espaciais

continua sendo um limite e um norte à atuação dos juízes e esta limitação é salutar na medida em que obsta comportamentos arbitrários, ilegais e abusivos.

A imparcialidade²¹⁴ é atributo orientador da função judicante, como forma de coibir abusos. Cabe ao juiz manter-se equidistante de ambas as partes, conduzindo os rumos do processo em conjunto, o que significa uma postura de cooperação.²¹⁵ Contudo, essa imparcialidade, por vezes, é comprometida na prática, tendo em vista que o processo decisório sofre influências internas e externas. O juiz, embora deva exercer seu ofício em posição de equidistância em relação às partes, não se mantém enclausurado, em um ambiente hermeticamente fechado, ao contrário, ele está sujeito a circunstâncias políticas, econômicas, sociais e carrega consigo seus valores e experiências pessoais.

Notáveis foram os esforços, ao longo da história, para extirpar do mundo jurídico todo e qualquer elemento de cunho valorativo. Tais tentativas foram falhas porque é impossível separar os elementos subjetivos, inerentes ao julgador, do seu ofício judicante. Por mais objetividade que se busque imprimir aos julgamentos, por mais imparcialidade que se exija dos julgadores, há elementos de foro íntimo que são indissociáveis e há elementos externos dos quais não estão isentos.

Nesse passo, ainda que se recorra a critérios objetivos, que defluem da lógica argumentativa, da razão; ainda que se pautem em previsões legislativas e em decisões pretéritas; é impossível

e temporais, podendo variar conforme as épocas e ordenamentos jurídicos (*Jurisdição e processo*, p. 17).

²¹⁴ Paula Pessoa Pereira acrescenta, além da imparcialidade, a independência judicial e a competência como “princípios estruturantes para o desenvolvimento de um julgamento adequado e conforme ao Direito, porquanto visam a tutelar a integridade do espaço do julgamento” (*Legitimidade dos precedentes*: universabilidade das decisões do STJ, p. 68).

²¹⁵ Prevê o código, em seu artigo 6º, que todos os sujeitos do processo devem cooperar com o fito de se obter uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Tal previsão opera uma mudança de paradigma, na medida em que destitui o juiz daquela clássica posição (de condutor do processo, destinatário das provas) para colocá-lo em situação de igualdade em relação às partes, que tem total ingerência sobre os rumos do processo.

extirpar, por completo, as particularidades de cada magistrado. Cada qual traz consigo experiências pretéritas, máximas de experiência, que sem dúvida influem em sua maneira de julgar.²¹⁶

Extremamente perniciosos podem ser os efeitos oriundos da confluência dos seguintes fatores: a utópica imparcialidade dos magistrados e a técnica legislativa aberta, por vezes empregada pelo legislador.²¹⁷ A respeito, diz Eduardo Albuquerque Parente que, “de um lado, se há tendência na elaboração de conceitos legais nesses formatos genéricos, de outro, a comunidade jurídica é e deve ser refratária a poderes desmedidos do juiz, que possam desaguar em consequências práticas imprevisíveis”.²¹⁸

Para a solução desse impasse, volta-se à fundamentação das decisões judiciais: a interpretação exige dos magistrados um maior esforço argumentativo, com vistas à justificação racional do *decisum*.²¹⁹ Muito embora o processo decisório sofra inúmeras

²¹⁶ No mesmo sentido, Eduardo de Albuquerque Parente aduz que “na atividade interpretativa, o juiz carrega, ínsita e inevitavelmente, suas características pessoais, suas vivências, seus conceitos, seus conhecimentos e visões de mundo, reflexos também do *tecido* social do qual faz ou tenha feito parte [Grifo do autor]” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 24).

²¹⁷ Na interpretação de Luís Roberto Barroso e de Ana Paula de Barcellos, “o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida” (O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6. n. 23, 2003. p. 48).

²¹⁸ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 51.

²¹⁹ Daniel Mitidiero fala em interpretação como uma “atividade lógico-interpretativa”. Segundo o autor, “justamente para viabilizar o *controle intersubjetivo da racionalidade* da atividade interpretativa é que essa é compreendida como uma atividade lógico-interpretativa – isto é, que se vale da *lógica* e da *argumentação jurídica* para consecução de seus fins [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 59).

influências (endógenas e exógenas), compete ao intérprete justificar, por uma “razão universalizável”,²²⁰ o caminho que o levou à determinada conclusão.

Com espreque na Constituição Federal²²¹, o dever de fundamentação é essencial para que os jurisdicionados possam compreender quais os aspectos que acarretaram o deslinde da controvérsia: quais fatos foram considerados, quais fatos foram reputados irrelevantes, quais os contornos jurídicos dados à situação pelo órgão julgador, quais argumentos preponderaram em detrimento de outros tantos suscitados pelas partes. Afinal, assiste, principalmente à parte sucumbente, o direito de saber os motivos pelos quais sua tese não foi acolhida – a fim de que consiga, por exemplo, delinear melhor sua estratégia recursal.

Em um espectro mais amplo, o dever de fundamentação se coaduna com o propósito de zelar pela coerência do ordenamento jurídico. Nesse sentido, os fundamentos acolhidos para conferir a um jurisdicionado a tutela de um direito também devem preponderar na hipótese de outro indivíduo, em situação semelhante (fática e juridicamente) suscitar a mesma pretensão em juízo. Caso contrário, entender que é possível lançar mão de fundamentos sem critérios significa admitir que o julgador pode atuar em afronta ao princípio da isonomia.

Cabe, portanto, lapidar a interpretação da lei, em busca de um sentido unívoco. Embora todos os órgãos jurisdicionais estejam autorizados a exercer essa atividade interpretativa, sabe-

²²⁰ Afirma Paula Pessoa Pereira que “a exigência que recai sobre os juízes, então, está na necessidade de uma justificação racional que exponha sua pretensão de resolução da disputa privada por meio de uma razão universalizável, que seja capaz de se replicar nos demais casos semelhantes” (*Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*, p. 53).

²²¹ Conforme prevê o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

se que no Brasil, por expressa previsão da Constituição Federal, compete aos tribunais superiores²²² ditar a interpretação da lei – federal ou constitucional, conforme se trate, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Pressupõe-se que esses tribunais, como órgãos de cúpula, primem pela apreciação de questões jurídicas relevantes e, após intenso debate, definam a interpretação que se afigure mais consoante com o ordenamento jurídico brasileiro.

Fixado o sentido da lei por esses órgãos de superposição, incumbiria aos demais magistrados observá-los nos casos vindouros, a fim de prestigiar e realçar a importância da função precípua exercida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal²²³ – tema que será aprofundado adiante, no segundo capítulo.

Não se pode perder de vista a complexidade inerente à interpretação, em especial quando se trata de princípios e de direitos fundamentais. À luz do Estado Constitucional, amplia-se a gama de garantias aos indivíduos e amplia-se a possibilidade de conflitos e de antinomias, a serem solucionados no curso do processo decisório. Nem mesmo a técnica de ponderação é passível de elidir o ato de escolha do julgador²²⁴; serve apenas

²²² Aqui entendidos como Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, na medida em que o escopo deste trabalho é analisar, criticamente, os embargos de divergência na configuração que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), como meio processual adequado à eliminação dos dissídios jurisprudenciais endógenos aos tribunais superiores.

²²³ Importa destacar passagem em que Luiz Guilherme Marinoni enaltece a função exercida pelos tribunais superiores à luz da teoria da interpretação: “a evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito (ou definir a interpretação adequada do texto legal), evidenciando a necessidade de a decisão da Corte ser legitimada por uma argumentação racional. [...] A decisão deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação” (*A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC, p. 64-65).

²²⁴ Aduz Lenio Luiz Streck que “a teoria da argumentação jurídica tenta ‘racionalizar’ o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, o que acaba por alargar ainda mais o coeficiente de incerteza e incontabilidade do resultado da decisão judicial”

para legitimá-lo, como observam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos.²²⁵

Questões relativas à fundamentação e à justificação racional das decisões judiciais são de extrema complexidade, daí se extraindo, por consectário, a dificuldade de controlar o processo decisório. É impossível isolar os órgãos jurisdicionais do contexto histórico-político-social em que se veem imiscuídos e é inviável interpretar a lei com fulcro em critérios estritamente jurídicos (sem considerar, por exemplo, os impactos que determinado entendimento pode gerar na economia, no meio ambiente e na sociedade).

Basta constatar, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, ao avaliar se determinada questão constitucional apresenta ou não repercussão geral, analisa não só a sua transcendência (elemento quantitativo) – isto é, a sua potencialidade extraprocessual de atingir o maior número possível de pessoas – mas também a sua relevância (elemento qualitativo), sob o ponto de vista econômico, político, social e jurídico.²²⁶ Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, não raro, vale-se de argumentos que fogem a um raciocínio estritamente jurídico no julgamento de recursos especiais repetitivos – levando em conta fatores econômicos, sociais, culturais na apreciação das questões que lhe são submetidas. Talvez o maior exemplo nesse sentido sejam as últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça na seara do direito de família, que privilegiam a dinamicidade das

(Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 413-414).

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6. n. 23, 2003. p. 43. Impende reproduzir o que dizem os autores: “é bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto” (*Idem*).

²²⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 269-270.

relações sociais e conferem à lei interpretação sistemática²²⁷, em consonância com a Constituição Federal.

A dificuldade de interpretar a lei, mormente quando o legislador lança mão de técnica legislativa aberta²²⁸, só faz reforçar a necessidade de se primar pela fundamentação das decisões judiciais.²²⁹ Às partes, deve-se garantir, ao menos, ciência do caminho decisório adotado pelo julgador, a fim de que possam compreender os motivos que acarretaram a decisão e, assim, orientar suas condutas – por exemplo, traçando suas estratégias recursais (se assim entenderem). De outra forma, a

²²⁷ Nesse sentido, Miguel Reale explicita que o *princípio da unidade lógica do ordenamento* implica “não só a *unidade do processo interpretativo* (de tal modo que as diversas formas de exegese devem ser discriminadas como momentos, e não mais como técnicas autônomas ‘a se’, conforme é ponto de vista já prevalecente entre os mais lúcidos teóricos do direito) como também a necessária conexão de cada norma, a ser interpretada, com a totalidade do ordenamento [Grifos do autor]” (*O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 255). Essa compreensão, todavia, deve se dar tanto pelo viés estático quanto pelo viés dinâmico, na medida em que, na visão do autor, “o direito é essencialmente um *processo* e [...] um processo de compreensão normativa de fatos segundo valores, desenvolvendo-se segundo uma *dialética de implicação e polaridade, ou dialética de complementariedade*, em virtude da qual o momento normativo se afirma como momento por excelência da vida do direito, mas sem se destacar, como mera fórmula abstrata, dos complexos fáticos e axiológicos a que se referem [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 259).

²²⁸ Nas palavras de Humberto Ávila, “quanto maior é a abstração e generalidade das normas, mais fácil é a sua compreensão, porém menos previsível é o seu conteúdo, pela falta de elementos concretos relativamente ao que é permitido, proibido ou obrigatório” (*Teoria da segurança jurídica*, p. 60). No mesmo sentido, Eduardo de Albuquerque Parente consigna que essa “*abstração potencializada* da lei torna muito mais complexa a interpretação e ampla (perigosa) a aplicação [Grifos do autor]” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 25).

²²⁹ Como afirma Daniel Mitidiero, “o *problema da decisão justa* acaba sendo um problema cuja *correção da solução* se pode aferir a partir de um adequado discurso ligado à *fundamentação* das decisões judiciais – donde é possível aferir ao mesmo tempo a *verdade das proposições* de fato e a *coerência dos enunciados* jurídicos que compõem o esquema *lógico-argumentativo* em que se consubstancia a decisão judicial como um todo [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 28).

função jurisdicional se convolaria em um desserviço ao jurisdicionado – que obrigado a delegar ao Estado a incumbência de solucionar o conflito (pois é proibida a autotutela) não poderia sequer compreender o porquê da procedência ou improcedência do seu pedido. Mais do que isso, entender que o órgão julgador pode furtar-se ao enfrentamento de todas as questões suscitadas pelas partes é dar guarida a uma postura autoritária dos magistrados²³⁰, sem a percepção de que fazem parte da estrutura do Poder Judiciário e de que estão vinculados a um sistema²³¹, que é o ordenamento jurídico.

Vê-se, portanto, que o dever de fundamentação é preceito intimamente ligado à segurança jurídica. Ora, se o princípio se decompõe em cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade²³², sofre afronta nos casos em que, não obstante invocados os mesmos fundamentos, as conclusões (ou melhor, as decisões) não se equivalham.

A pluralidade semântica oriunda do texto normativo exige, invariavelmente, o que Daniel Mitidiero denomina de “*atividade mediativa do intérprete* que demanda *individualizações, valorações e escolhas* entre diferentes possibilidades de sentidos

²³⁰ Tal qual se verificou no Brasil no período da ditadura militar (quando as partes não tinham acesso sequer à íntegra das decisões, mas tão somente ao resultado, declarado pelo Supremo Tribunal Federal).

²³¹ Tercio Sampaio Ferraz Jr. conceitua sistema como “um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema)”. Assim, diz o autor que “o sistema normativo jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora outros modos discursivos)” (*Teoria da norma jurídica*, p. 140-141).

²³² A despeito da vagueza do termo “efetividade”, dizem Mauro Cappelletti e Bryan Garth que “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito subjetivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos reativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetem a afirmação e a reivindicação dos direitos” (*Acesso à justiça*, p. 15). Os autores, com razão, pontuam se tratar de utopia na medida em que as partes sempre apresentarão disparidades entre si, tornando os litígios essencialmente desiguais.

linguísticos para definição da norma [Grifos do autor]”²³³ Nesse sentido, se cabe ao intérprete decidir e eleger uma das interpretações possíveis, então é possível afirmar que a norma deriva da interpretação – e não a antecede, ao contrário do que outrora se concebia. Opera-se uma reconstrução do sentido da norma, enquanto decisão judicial, que se dá “a partir de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica”²³⁴.

Assim, como pondera Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “não apenas estamos obrigados a interpretar (não há normas sem sentido, nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas”²³⁵. Se assim não for, permaneceremos sempre sujeitos aos devaneios dos magistrados, influenciados por elementos endógenos e exógenos ao processo quando instados a decidir o caso concreto.

Em vista disso, tem razão Eduardo Cambi quando afirma que a liberdade concedida aos juízes para interpretar o direito “não pode ser absoluta porque dá margem à existência do fenômeno da *jurisprudência lotérica*, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-juiz [Grifos do autor]”²³⁶. O efeito (*jurisprudência lotérica*), sobremaneira pernicioso, justifica os critérios elegidos pelo ordenamento jurídico com vistas a limitar essa atuação dos magistrados – e evitar aquilo que se convencionou denominar de “ativismo judicial”.

De qualquer forma, embora o assunto exija cautela – por tangenciar os limites da atuação dos magistrados e da criatividade judicial – indiscutível é a contribuição dos órgãos julgadores para o desenvolvimento do direito, independente de se tratar de um sistema originariamente afeito ao *civil law* ou ao *common law*. As alterações percebidas no direito brasileiro em relação aos poderes dos magistrados e à importância conferida às decisões judiciais

²³³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 54-55.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, p. 64.

²³⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*, p. 73.

²³⁶ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 786, p. 108-128, abr. 2001. p. 111.

são fruto de um movimento maior, que perpassa a mudança de paradigma operada na passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Constitucional.

As palavras de Nicola Picardi são precisas para o fechamento da ideia desenvolvida nesta seção. Diz o autor que “a ampliação do âmbito da jurisdição não parece hoje apenas conjuntural, seja porque deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado liberal clássico para o Estado social de direito, seja pela extensão e profundidade do fenômeno”.²³⁷ De fato, o papel da jurisprudência na lapidação do direito brasileiro é cada vez mais expressivo, a ponto de produzir consequências práticas no âmbito processual civil, como se verá na seção a seguir.

1.2.3 Jurisprudência e seus reflexos no processo civil brasileiro

Com a ênfase conferida às decisões judiciais no direito brasileiro, a legislação processual civil contemplou uma série de previsões que privilegiam os entendimentos exarados pelos tribunais. A esse conjunto de decisões oriundas dos tribunais pátrios se costuma nominar “jurisprudência”, não obstante o termo seja utilizado muitas vezes de forma equivocada e, em outras situações, vem seguido de adjetivos – como “jurisprudência pacífica” e “jurisprudência dominante” – que alteram o seu sentido, com várias implicações daí advindas.

Em breve digressão histórica, a expressão “jurisprudência”²³⁸ remonta ao direito romano, quando tinha relação com a atividade praticada pelos *juris prudentes*.²³⁹ Na

²³⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, p. 11.

²³⁸ Como assenta Rodolfo de Camargo Mancuso, a expressão se relacionava à atividade que competia aos jurisconsultos (*prudentes*), com o propósito de “esclarecer e interpretar os textos jurídicos, então incipientes, numa fase em que estavam ainda mais esbatidos os contornos do Direito, de envolta com regras de natureza moral e religiosa” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 11).

²³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 56, p. 88-94, 1961. p. 88.

dicção de José Cretella Júnior, incumbia aos *jurisprudentes* ou *prudentes* colmatar “as lacunas deixadas pelas leis, adaptando continuamente os textos legais às mudanças sucessivas do direito vivo”, valendo-se, para tal, da atividade interpretativa (*interpretatio*).²⁴⁰

A gênese da expressão “jurisprudência” traz consigo a atividade interpretativa – à época exercida pelos juriconsultos. A diferença é que no direito romano, os juriconsultos eram destituídos do poder de império (e, portanto, não julgavam os casos; limitavam-se a emitir suas opiniões a respeito, que poderiam ou não ser levadas em conta pelo julgador); os magistrados não só interpretavam como também proferiam decisão (atividades – interpretação e decisão – que se encontram imbricadas). Nas palavras de Paolo Grossi, “sempre, aplicação e interpretação são como duas faces da mesma moeda”.²⁴¹

No Brasil, o conceito de jurisprudência teve origem na época colonial, quando eram aplicadas as Ordenações portuguesas, com o instituto dos assentos.²⁴²⁻²⁴³ Desde então,

²⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 46.

²⁴¹ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*, p. 105. No original, “*sempre applicazione e interpretazione sono come due face della stessa medaglia*” (*Idem*).

²⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 15. Comenta o autor que “no capítulo da *jurisprudência*, [as Ordenações lusitanas] apresentaram a importante contribuição dos *assentos obrigatórios* e, de maneira geral, serviram como o elo que viria possibilitar a filiação do então incipiente Direito brasileiro à vertente dos países de Direito codicístico, ditos de *civil law*, ou seja, aqueles integrantes da família romano-germânica”. (*Idem*).

²⁴³ Os assentos, na lição de Antonio Castanheira Neves, constituem, “por um lado, prescrições abstractas que fixam formalmente [...] uma solução jurídica para pré-determinar (em termos de inequívocidade e de formal ‘igualdade’) a aplicação do direito. Por outro lado, impõem-se justamente para excluir a alteração e variação ou mesmo a mutação que pode naturalmente verificar-se na jurisprudência dos supremos tribunais enquanto órgãos jurisdicionais estritos, e, portanto, porque se não basta o nosso legislador com a certeza que pode dar a estabilidade da orientação jurídica desses tribunais nas suas ‘correntes de jurisprudência’ – estabilidade essa decerto sempre precária e susceptível de uma contínua superação” (*O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, p. 39-40).

foram lapidadas as funções dos tribunais pátrios, com a evolução do direito constitucional e do direito processual civil, paralelamente a um crescente apreço às decisões judiciais.

Decisão e jurisprudência, em rigor, não se confundem. Embora na prática exista certa confusão conceitual, os termos não podem ser tratados como se sinônimos fossem. Em apertada síntese, decisão (que, em sentido amplo, abrange sentença, acórdão e decisão interlocutória)²⁴⁴ se refere a provimento jurisdicional emanado do órgão julgador, ao agir de ofício ou a requerimento, quando prospecta algum efeito na esfera jurídica da parte. Distingue-se, assim, dos despachos que, em regra²⁴⁵, são destituídos de caráter decisório.²⁴⁶ Como expedientes de mero impulso processual, na maior parte dos casos, os despachos têm a função de instar as partes a dar prosseguimento ao processo, com suas manifestações e requerimentos.

Jurisprudência, por sua vez, compreende o conjunto de decisões prolatadas pelos tribunais acerca de determinada matéria.²⁴⁷ Em uma primeira análise, o conceito poderia restringir-se tão somente à reunião de julgados sobre determinado assunto. Contudo, a jurisprudência não pode ser reduzida a um

²⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5. p. 242-243.

²⁴⁵ Diz-se “em regra” porque, por exemplo, no despacho em que o juiz determina a citação da parte contrária, há um conteúdo decisório no que concerne ao recebimento da petição inicial; é que, ao determinar a citação do réu, o juiz, implicitamente, expressa que a peça inaugural não padece de nenhum vício apto a configurar sua inépcia, do que conclui ter a ação condições de prosseguir.

²⁴⁶ A esse respeito, leciona Araken de Assis que “os despachos não comportam recurso, porque seu conteúdo decisório se afigura tão ralo que nenhum gravame provoca às partes (art. 1.001). Por sua natureza, são insuscetíveis de ofender os direitos processuais das partes ou de terceiros; do contrário, deixariam de ser despachos” (*Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 178).

²⁴⁷ Donaldo Armelin consigna que o termo “jurisprudência” possui mais de um significado: “pode significar a ciência do direito ou o resultado da atividade dos órgãos direcionados constitucionalmente à resolução dos conflitos de interesses individuais ou coletivos submetidos à sua apreciação” (Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 15, v. 59, p. 31-48, jul./set. 2007. p. 32).

simples repositório de arestos pretéritos; pelo contrário, “o conceito técnico jurídico de jurisprudência, em sua versão contemporânea, não pode ficar dissociado da necessária *uniformidade* na solução dos casos análogos, já como imperativo do ideal de justiça, que é imanente à própria ideia de direito [Grifo do autor]”²⁴⁸.

Assim, tem razão Pedro Miranda de Oliveira ao conceber jurisprudência como “tese jurídica perflhada [que] se vê reiterada de modo uniforme e constante (permanência lógica e temporal) em casos semelhantes”²⁴⁹. O acréscimo desses elementos qualitativos – reiteração, uniformidade e constância – reforça o papel a que se presta a jurisprudência no contexto contemporâneo: muito além de mero compêndio de decisões exaradas pelos tribunais, deve conferir maior cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade ao direito. Frise-se que esses entendimentos reiterados possuem força meramente persuasiva²⁵⁰, mas nem por isso perdem o seu valor.

Araken de Assis define jurisprudência como “o conjunto das decisões proferidas por um determinado tribunal no mesmo sentido acerca de certa matéria”²⁵¹.

²⁴⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013. p. 24.

²⁴⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013. p. 16.

²⁵⁰ Há que se pontuar, nesse mister, o que defende Luiz Guilherme Marinoni. Para o autor, todas as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem eficácia vinculante, mesmo que proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade: “os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observadas pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida. Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízos nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal”. (*Precedentes obrigatórios*, p. 459).

²⁵¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 334.

Eduardo de Albuquerque Parente, por sua vez, conceitua jurisprudência como “o conjunto de decisões providas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante”.²⁵² O autor parece aproximar o termo “jurisprudência” à sua espécie “jurisprudência dominante” ao acrescentar esses elementos qualitativos – decisões que sejam reiteradas em um mesmo sentido e que consubstanciem a orientação predominante.

Ao discorrer sobre o conceito de jurisprudência Rodolfo de Camargo Mancuso diferencia cinco acepções²⁵³, mas antes dá

²⁵² PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 5.

²⁵³ Rodolfo de Camargo Mancuso diz que jurisprudência pode ser entendida em cinco sentidos diversos: “a) num sentido largo, corresponde ao que usualmente se denomina ‘ciência do direito’, ou seja, o ramo do conhecimento, espécie do gênero Ética, voltado ao estudo sistemático das normas de conduta social de cunho coercitivo (nesse sentido, na Itália, algumas Faculdades de Direito se chamam “Facoltà di Giurisprudenza”, como se dá, v. g., em Florença); b) etimologicamente, vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos *operadores do Direito* – advogados, juizes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores – como na antiga Roma se dava com os *prudentes*, agentes estatais então investidos do *ius respondendi*; c) sob o ângulo exegético, ou hermenêutico, pode ainda significar interpretação teórica do Direito, feita pelos juriconsultos e doutrinadores (juristas) em artigos, teses, livros ou mesmo em pareceres, sem, portanto, necessária afetação a um caso concreto, acepção essa que hoje aparece assimilada à palavra *doutrina*; d) sob o ângulo da distribuição da justiça, tem a ver com a imensa *massa judiciária*, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado; e) finalmente, num sentido mais restrito, ou propriamente técnico-jurídico, a palavra *jurisprudência* traduz ‘a coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico’ [Grifos do autor] A *jurisprudência*, na avaliação do autor, pode ser compreendida também num *senso substancial*, que é “quando ela vem referendada pela *credibilidade social*, ou seja, o qualificativo que se agrega à jurisprudência quando a comunidade jurídica e a própria sociedade civil prestigiam a produção dos Tribunais, nela reconhecendo a boa e correta interpretação dos textos [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 34-35, 44).

destaque para o sentido técnico-jurídico do termo, que tem o condão de traduzir “a colação ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico [Grifo do autor]”.²⁵⁴

Comum aos conceitos destacados linhas atrás é a qualificação conferida às decisões que, consideradas em conjunto, constituem a jurisprudência: primeiro, são decisões reiteradas; segundo, são uniformes; terceiro, são isonômicas. Essas premissas permitem concluir que um conjunto de decisões que não apresente essas características não constitui jurisprudência, na acepção técnica e contemporânea do termo. Ademais, falar em divergência jurisprudencial seria um paradoxo (porque a “jurisprudência” deveria pressupor uma univocidade de orientação).

Com fulcro nessas premissas e na transposição do plano teórico para a prática, constata-se serem escassos os casos em que haveria, de fato, uma jurisprudência – uniforme, isonômica, reiterada – sobre determinado assunto. Várias são as dissidências que desafiam os operadores do direito e colocam em xeque o direito dos jurisdicionados (como se discorrerá, com mais vagar, no segundo capítulo).

Em verdade, o termo jurisprudência define um conjunto de decisões exaradas acerca de determinado assunto enfrentado pelos tribunais. Todavia, se a questão foi enfrentada uma única vez pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não é equivocado afirmar que a jurisprudência da corte se orienta em determinado sentido; quer dizer, diante da única oportunidade em que o tribunal enfrentou o assunto, com fulcro no contexto fático subjacente ao caso, fixou uma interpretação quanto àquela questão de direito – e será esta a interpretação que deverá ser observada em casos vindouros que guardem similitude fática com o enfrentado anteriormente.

O elemento quantitativo – o número de decisões sobre uma questão jurídica –, em rigor, não tem tanta relevância para que se considere determinado entendimento uma “jurisprudência”. O termo (jurisprudência), nesse caso, é tratado como sinônimo de orientação, entendimento, posicionamento do tribunal sobre um

²⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 35.

tema específico.²⁵⁵ Ressalve-se, todavia, a opinião de Alfredo Buzaid, para quem “jurisprudência” só poderia se referir “à interpretação sucessiva e idêntica da mesma norma jurídica”; caso contrário, tratar-se-ia de “antecedente judiciário”.²⁵⁶

Então, há algumas incompreensões que o conceito de “jurisprudência” traz em si, especialmente quando associado aos adjetivos “dominante” e “pacífica”. Embora não haja uma precisão conceitual que bem delimite o âmbito do que se denomina “jurisprudência dominante” e “jurisprudência pacífica”, as expressões não se confundem.

Com apoio no aspecto semântico dos vocábulos, pode-se afirmar que há distinção entre os termos “dominante” e “pacífico”. Pacífico pressupõe a inexistência de divergências acerca de determinada questão. Dominante remete à ideia de que, a despeito das dissonâncias, há uma predominância de uma orientação em detrimento de outra/outras. Jurisprudência pacífica denota, então, orientação sustentada por um tribunal acerca de determinada matéria, sem posicionamentos que dela divirjam. Jurisprudência dominante, por sua vez, pressupõe a existência de entendimentos diversos, mas há um que predomina sobre os demais.

Esses conceitos, no entanto, protagonizam grandes dificuldades práticas na medida em que a existência de uma única decisão dissonante seria capaz de demonstrar que a dita pacificação, por exemplo, na verdade inexistente. Ou, caso assim não se entenda, haveria a necessidade de comprovar que aquele entendimento isolado na verdade não reflete a atual orientação do tribunal – pois já fora superado – que consolidou uma jurisprudência pacífica sobre o tema.

Não obstante essas imprecisões e dificuldades operacionais, as expressões foram mantidas no CPC/2015 que, em vários artigos, traz consequências práticas, sempre que

²⁵⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que “em outro senso, a palavra ‘jurisprudência’ pode ainda ser utilizada para significar a tendência exegética predominante num determinado Tribunal, acerca de certo tema” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 21).

²⁵⁶ BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 191.

constatada a existência de “jurisprudência dominante” ou “jurisprudência pacífica” acerca de determinada questão de direito.²⁵⁷ Assim, o Código atribui aos tribunais a incumbência de editar enunciados de súmula correspondentes à sua *jurisprudência dominante* (artigo 926, parágrafo 1º); prevê a possibilidade de modulação dos efeitos em caso de alteração da *jurisprudência dominante* do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores (artigo 927, parágrafo 3º); traz presunção absoluta de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar *jurisprudência dominante* do Supremo Tribunal Federal (artigo 1.035, parágrafo 3º, inciso I); impõe a necessidade de fundamentação adequada e específica nos casos em que haja modificação de *jurisprudência pacificada* (artigo 927, parágrafo 4º).²⁵⁸

Embora se reconheça que o Código avançou em alguns aspectos, entende-se ter perdido a oportunidade de eliminar expressões que dão margem a excessos por parte dos magistrados. Exemplo disso é a presunção absoluta de repercussão geral, quer dizer: se a jurisprudência, na verdade, não é dominante, ausente estará tal requisito de admissibilidade, fulminando de pronto o recurso interposto pela parte.

Não é demais lembrar que o CPC/2015 valorizou as decisões judiciais, especialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores, sem ignorar, porém, o pertencimento do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema do *civil law* – em outros termos, sem significar uma convolação dos preceitos típicos do *common law* (ao contrário do que alguns, erroneamente, afirmam).

²⁵⁷ De qualquer forma, o Código sistematiza melhor as questões relativas à valorização da jurisprudência, especificando em vários de seus artigos quais decisões, oriundas de quais tribunais, têm o condão de gerar quais efeitos (a exemplo da dispensa da remessa necessária, da concessão de tutela de evidência, da negativa de seguimento a recurso, entre outros). Claro que há muitas críticas e elas guardam relação com os dissensos erigidos em torno do assim denominado “sistema de precedentes”. Contudo, o Código representa uma tentativa de sistematização das consequências práticas oriundas da consolidação de entendimentos dos tribunais pátrios.

²⁵⁸ BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

A função criativa exercida pelos órgãos jurisdicionais pode ter várias medidas e, em essência, o sistema do *common law* traz em seu bojo maior valorização da jurisprudência na criação do direito. Tal concepção advém das raízes históricas desse modelo, considerando a força atribuída ao parlamento inglês para esvaziar o poder absolutista conferido ao rei. No sistema de *civil law*, de forma diversa, cultivou-se historicamente a tradição da lei – desde o Código Napoleônico, quando a manutenção de um corpo legislativo rígido era fundamental para coibir os poderes arbitrários dos juízes e, de certa forma, controlá-los²⁵⁹ (concepção do juiz como adstrito à lei). Daí porque, tradicionalmente, a liberdade para julgar é reduzida nos países romano-germânicos, se comparada ao modelo inglês.²⁶⁰

Contudo, tem-se observado uma crescente intersecção entre ambos os sistemas de direito. A aproximação do modelo de *civil law* ao sistema do *common law*²⁶¹ fulminou a velha dicotomia entre ambos, que se intercomunicam, sem abolir suas

²⁵⁹ Bastante precisa é a afirmação de Hermes Zaneti Junior, ao discorrer sobre o pensamento predominante à época, que culminou nesse legalismo extremado. Diz o autor que: “*Fetichismo da lei e desconfiança da magistratura e do direito comum* resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na vedação da interpretação pelos juízes e seu corolário: a impossibilidade de aplicação dos precedentes judiciais como fontes formais e gerais do direito, em uma palavra, a redução da função do juiz ao ‘juiz boca-da-lei’” (*O valor vinculante dos precedentes*, p. 78).

²⁶⁰ Nicola Picardi, ao comparar a importância dos precedentes judiciais na França, na Itália e na Inglaterra, assim conclui: “em definitivo, pode-se afirmar que a jurisprudência continental tem um papel quantitativamente mais modesto, mas qualitativamente não diferente daquele próprio da jurisprudência anglo-saxônica” (*Jurisdição e processo*, p. 149).

²⁶¹ A esse respeito, Pedro Miranda de Oliveira comenta: “não há dúvida que, hodiernamente, o papel do juiz do *civil law*, sobretudo do magistrado brasileiro, a quem é deferido exercer o controle difuso de constitucionalidade das leis, aproximou-se da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz norte-americano. Paralelamente, as decisões judiciais ganharam grande importância no direito brasileiro” (A força das decisões judiciais. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013. p. 15).

raízes históricas e suas características precípua.²⁶² Em virtude disso, o apreço à atividade exercida pelos juízes e o privilégio dispendido às decisões judiciais têm contornos similares tanto nos países filiados ao *common law* como naqueles afeitos à tradição *civil law*.²⁶³

Embora subsistam diferenças substanciais que mantêm ambos os modelos de direito, existem pontos de convergência, como “a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito”.²⁶⁴

Na percepção de Nicola Picardi, mediante “a aplicação do juiz – mesmo no direito continental –, as leis (e em geral, as fontes escritas) vêm, pouco a pouco, a cobrir-se de precedentes, que terminam por condicionar-lhes a futura leitura”.²⁶⁵

A atuação dos tribunais dá concretude às acepções abstratamente previstas na lei, configurando elemento fundamental à orientação da vida em sociedade. Dessa premissa extrai-se a importância de zelar pela estabilidade jurisprudencial, em uma perspectiva dinâmica, que viabilize a evolução do direito sem autorizar alterações bruscas de entendimento – que invariavelmente ferem a confiança legítima dos jurisdicionados.

²⁶² Com razão, Miguel Reale alerta que “seria absurdo saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. [...]. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística [Grifos do autor]” (*Lições preliminares de direito*, p. 142-143).

²⁶³ Eis o que observa Mauro Cappelletti, ao versar que “nos últimos anos ou decênios, em crescente número de países de ‘*Civil Law*’, o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial surgiu com aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que nos países de ‘*Common Law*’. Longe de ser insuscetível de análise comparativa, este fenômeno em grande medida é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias jurídicas” (*Juízes legisladores?* p. 128).

²⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 133.

²⁶⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, 147.

Eis a contradição do conceito de segurança jurídica, apontada por Alysson Leandro Mascaro.²⁶⁶

A filiação do direito brasileiro ao sistema do *civil law*, na verdade, não obistou o reconhecimento do papel exercido pelos tribunais. E não poderia ser diferente porque, se a lei é incapaz de prever todas as situações, então é inafastável a utilidade da interpretação dada pelos órgãos julgadores, no exame dos casos concretos²⁶⁷ – como visto anteriormente. Essa é a razão de se afirmar que a função jurisdicional contribui para a reconstrução do sentido do texto normativo.²⁶⁸

Controversa é, contudo, a concepção da jurisprudência como fonte do direito. Miguel Reale aduz que a *jurisdição* é fonte do direito porque todas as fontes têm relação com uma *estrutura*

²⁶⁶ MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, v. 31, p. 792-810, jan./abr. 2015. p. 791. Na análise do autor, “o reclame ideológico pela segurança jurídica parte de uma expectativa geral da sociedade em relação ao direito. Espera-se que o direito estabilize as relações sociais, dê previsibilidade aos atos e não surpreenda o ritmo cotidiano da reprodução social. Trata-se de uma expectativa dupla: que o direito não atrapalhe o ritmo da vida social e que o direito empreenda estabilização da própria sociedade. Nessa dúplici busca reside a base da contradição do conceito de segurança jurídica: para garantir o ritmo de uma reprodução social continuada, é preciso, muitas vezes, alterar essa própria reprodução” (*Idem*).

²⁶⁷ Nicola Picardi diz que “a lei, de *per se*, diz pouco ou nada ao cidadão e ao jurista; ocorre atender à interpretação e à aplicação por parte dos tribunais. Nesse sentido, pode-se definir a jurisprudência como ‘fator do direito’” (*Jurisdição e processo*, p. 147-148).

²⁶⁸ A propósito, com o intuito de elucidar a função da lei e da jurisprudência na evolução do direito, Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas recorrem aos “ambientes-decisão”, que constituem um “conjunto de regras e princípios de direito material a partir do qual será decidido um caso concreto”. Nessa toada, em ambientes decisoriais *rígidos*, a exemplo daqueles que envolvem direito tributário, “o sistema de precedentes vinculantes produz bons resultados”, de forma que inovações nessa seara deveriam advir, necessariamente, da lei – e não da jurisprudência. Todavia, em ambientes decisoriais *frouxos*, a exemplo dos que envolvem direito de família, a jurisprudência assume papel essencial no desenvolvimento do direito (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129-130).

normativa de poder.²⁶⁹ João Carlos Pestana de Aguiar Silva não só reconhece a jurisprudência como fonte do direito como sustenta que o juiz pode furtar-se à aplicação da lei quando ela estiver em dissonância ou for obsoleta em relação ao contexto social.²⁷⁰ De maneira diversa, Norberto Bobbio sustenta que o Poder Judiciário não é fonte principal do direito, mas figura como fonte subordinada (*delegada*) nos casos em que a decisão se dá por equidade.²⁷¹

Na acepção de Alf Ross, enquanto a legislação é “um produto acabado”, o precedente e o costume são “semimanufaturados”, porquanto dependem da lapidação realizada pelos juízes. O autor, contudo, não compreende a expressão “fonte do direito” como procedimento destinado à produção de normas jurídicas (o que se aplicaria apenas à lei),

²⁶⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 1410 autor justifica sua concepção com a assertiva de que “a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) [...] só ocorre em virtude da interferência de um *centro de poder*, o qual, diante de um complexo de *fatos e valores*, opta por dada *solução normativa* com características de objetividade. À luz desse conceito, quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade* [Grifos do autor]” (*Idem*).

²⁷⁰ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 270, p. 101-108, 1980. p. 102.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 171-172. Nas palavras do autor, “ao prolatar o juízo de equidade, o juiz se configura como fonte do direito, mas não como fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei. Isso acontece quando o legislador se encontra diante de certas situações que ele reputa impossíveis ou inoportunas disciplinar com normas gerais, solicitando a sua regulamentação ao poder judiciário” (*Ibidem*, p. 172).

mas sim como conjunto de elementos que influenciam na decisão do juiz.²⁷²

Ainda, alguns autores sustentam que a jurisprudência é elemento “suplementar de integração” e não fonte do direito, pois não preenche os requisitos de generalidade, de impessoalidade e de abstração (que caracterizam a lei). Essa orientação é defendida, entre outros, por Eduardo de Albuquerque Parente²⁷³ e por Rodolfo de Camargo Mancuso, que bem resume a sua concepção neste excerto: “numa palavra, se a relação entre lei e jurisprudência não é de *integral imanência*, o é, porém, inegavelmente, em termos de *aperfeiçoamento e complementaridade* [Grifos do autor]”.²⁷⁴

Portanto, como conjunto de decisões judiciais, a jurisprudência não constituiria fonte do direito – é o que Rodolfo de Camargo Mancuso denomina de “direito judicial”. Da mesma forma, a jurisprudência, em um sentido técnico e enquanto “direito jurisprudencial”, não consubstanciaria fonte, mas um meio suplementar de integração do direito, assumindo força persuasiva²⁷⁵. No entanto, quando a jurisprudência culmina na elaboração de súmula vinculante, poderia ser considerada fonte

²⁷² ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 103. Nas palavras do autor, “por ‘fontes do direito’, por conseguinte, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão; acresça-se que esta influência pode variar – desde aquelas *fontes* que conferem ao juiz uma norma jurídica já elaborada que simplesmente tem que aceitar até aquelas outras que lhe oferecem nada mais do que ideias e inspiração para ele mesmo (o juiz) formular a regra que necessita [Grifo do autor]” (*Idem*).

²⁷³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 9. Aduz o autor que: “a rigor, a jurisprudência não pode ser tida como propulsora de normas de caráter geral, abstrato e impessoal como a lei, não integrando o que tradicionalmente se considera fonte do direito. Ainda é elemento suplementar de integração, muito mais por não conter o trinômio generalidade-impessoalidade-abstração do que por advir da subsunção do fato à norma” (*Idem*).

²⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 62.

²⁷⁵ Da mesma forma, José Rogério Cruz e Tucci entende que “os precedentes judiciais constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante [Grifos do autor]” (*Precedente judicial como fonte do direito*, p. 277).

do direito, como defende o autor. Então, na sua visão, a jurisprudência só assume o *status* de fonte normativa quando dotada de força vinculativa:

A rigor, parece-nos que somente quando se apresenta com declarada *força vinculativa* é que pode a jurisprudência ser alçada à condição de *fonte formal* do Direito, porque aí ela se reveste de um *plus*, exatamente a nota de obrigatoriedade do enunciado sumulado, passando a operar como se norma fora e, quiçá, até mais efetiva, já que nela se cumulam o *comando* e sua própria interpretação [Grifos do autor]²⁷⁶.

Importante destacar que Rodolfo de Camargo Mancuso também se refere à “declarada força vinculativa” da jurisprudência como condição para assumir o caráter de fonte formal do direito. Então, em primeira análise, apenas as súmulas vinculantes seriam consideradas fontes do direito na medida em que a sua obrigatoriedade deflui de expressa previsão da Constituição Federal.

Em sentido contrário, Hermes Zaneti Jr. entende ser a jurisprudência fonte formal do direito, “quer atuando como modelo (conceito naturalmente mais amplo – ligado à vinculatividade racional e à característica dos precedentes, horizontal e vertical), quer como fonte formal *stricto sensu*”²⁷⁷.

²⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 82. Em outros termos, sustenta o autor que “num sentido *potencializado*, a jurisprudência atinge seu ponto ótimo, quando, resolvido o caso concreto, a tese fixada se destaca, projetando efeitos em face de outras demandas, virtuais ou pendentes, assim projetando uma *eficácia pan-processual* [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 130).

²⁷⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 190. O autor identifica momentos em que o precedente assume a característica de fonte formal. São eles: (i) “as *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal”; (ii) “as decisões, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e com efeito *vinculante nas ações de controle de constitucionalidade concentrado*”; (iii) “a chamada ‘*objetivação*’ do recurso extraordinário”; (iv) “as decisões, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sem eficácia *erga omnes* e sem caráter

Várias (e bastante densas) são as dissensões teóricas em torno do assunto – se jurisprudência é ou não fonte do direito –, mas delas não se cuidará com a minúcia exigida porque são questões adjacentes que ultrapassam os limites deste estudo. O objetivo precípua, aqui, é destacar o crescente relevo conferido às decisões judiciais e à jurisprudência dos tribunais pátrios, em especial, dos tribunais superiores, a fim de delinear a importância de que se reveste a sua atuação.

Feitas essas digressões, passa-se a abordar, na seção seguinte, a necessária previsibilidade do julgamento e da estabilidade das relações jurídicas como elementos que compõem o feixe aqui denominado “segurança jurídica” na função jurisdicional.

1.2.4 Necessária previsibilidade dos julgamentos e estabilidade das relações jurídicas

Como mencionado anteriormente, há muito a jurisprudência assumiu posição de relevo no cenário jurídico brasileiro, seja na prática forense (utilizada como reforço argumentativo pelas partes e pelos magistrados), seja na prática de atos da vida civil (utilizada como parâmetro orientador de condutas). Prevaleceu a concepção de que, além das prescrições legislativas, é preciso ter em mente a interpretação que os tribunais pátrios têm conferido às hipóteses previstas na lei.²⁷⁸

vinculante nos casos que, após o filtro da repercussão geral (*writ of certiorari*), o julgamento se dê por uma turma do Supremo Tribunal Federal”; (v) “as decisões unificadoras do direito infraconstitucional nos chamados ‘recursos especiais repetitivos’, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça”; (vi) “a ‘*jurisprudência dominante*’ dos tribunais, bem como as súmulas não vinculantes dos tribunais estaduais, dos tribunais superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal, que jogam o papel de ‘entendimentos predominantes’ das cortes e, na falta do caráter vinculante, apresentam uma robustecida função persuasiva e autoritativa, vinculantes de fato, uma vez que permitem julgamentos monocráticos nos órgãos colegiados”; (vii) “os julgamentos monocráticos dos juízes de primeiro grau nos processos repetitivos” (*Ibidem*, p. 190-191).

²⁷⁸ Como aduz Rodolfo de Camargo Mancuso, “a relevante função, que hoje se espera, venha desempenhada pela jurisprudência brasileira, pressupõe que ela venha qualificada por um *plus*, a saber, a sua aptidão a

Essa constatação acarreta maior responsabilidade aos órgãos jurisdicionais na medida em que aumenta o seu ônus argumentativo (exigindo melhor fundamentação, com a demonstração do raciocínio que pautou o caminho decisório) e lhes imputa o dever de observância de suas próprias decisões e de órgãos julgadores hierarquicamente superiores (considerando que o Poder Judiciário está erigido em uma ordem hierárquica, em cujo ápice figuram o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal).

Até então, discorreu-se sobre a segurança jurídica como princípio que constitui fundamento do Estado Constitucional brasileiro e que é sempre perseguido pelos jurisdicionados – para que possam, ao mesmo tempo, ter seus direitos resguardados e orientar suas condutas. Bem apropriada nesse sentido é a observação de Humberto Ávila, para quem “segurança jurídica é um valor constitutivo do Direito, visto que sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico. A função primeira do Direito é uma função asseguradora”.²⁷⁹

Mencionou-se, também, que a garantia da segurança jurídica se decompõe em vários feixes, traduzindo-se em cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade – respectivamente, na possibilidade de o jurisdicionado compreender o conteúdo das normas em vigor, na confiança depositada pelos jurisdicionados no Poder Judiciário e na viabilidade de, senão antever, ao menos imaginar o deslinde que será dado ao caso posto em juízo.²⁸⁰

Mas o princípio da segurança jurídica, além de constituir uma garantia, é também uma diretriz a orientar o exercício dos

servir como parâmetro interpretativo para julgamento dos casos afins” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 54).

²⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 141.

²⁸⁰ Daí porque Antonio Castanheira Neves relaciona a certeza (segurança jurídica) com a justiça. Diz o autor que “a certeza é de todo compatível com a ‘justiça’, pois não é mais do que a estabilização histórico-cultural, em termos de vigência, de uma intenção normativa material – a objectivação sincrônica dessa intenção, e que sempre poderá existir, e que existirá mesmo, num direito exclusiva ou predominantemente intencionado à justiça” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos Supremos Tribunais*, p. 38).

poderes²⁸¹ – entre os quais, o Poder Judiciário. Se o sentido da lei não é unívoco e requer, necessariamente, interpretação por parte dos julgadores, estes, no exercício de sua função, devem primar pela previsibilidade²⁸² de suas decisões – e, por derradeiro, pela asseguuração da expectativa (a confiança legítima) cultivada pelos jurisdicionados.

Nesse contexto, esclarece Hermes Zaneti Jr.:

A necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça e segurança jurídica, consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante trâfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes, dando conteúdo *de jure*, formal, à vinculatividade das decisões dos tribunais.²⁸³

Não obstante haja ressalvas quanto à ideia do autor – em especial, no que concerne à vinculatividade das decisões dos tribunais –, sua análise bem reflete a necessidade de se garantir uma prestação jurisdicional com efeitos previsíveis, calculáveis. Isso não significa tolher a liberdade dos magistrados (que é inerente ao ofício judicante); significa, sim, reafirmar o seu pertencimento a um sistema, a uma ordem jurídica maior,

²⁸¹ Alysson Leandro Mascaro, sobre o tema, consigna que “os princípios de segurança e segurança jurídica podem ser tomados como garantias – revelando-se, então, constituintes de direitos subjetivos – e também como diretrizes de orientação pública e privada, desnudando, aí, o seu caráter de normas de direito objetivo, balizando poderes e deveres” (Para uma teoria geral da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, v. 31, p. 792-810, jan./abr. 2015, p. 798-799).

²⁸² No sentido de calculabilidade, conforme as premissas teóricas elegidas no presente trabalho.

²⁸³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 358-359.

composta por todos os órgãos jurisdicionais e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, se o ofício judicante consiste em desvelar a norma jurídica do caso concreto, pressupondo, para tal, uma atividade interpretativa, admitir que o magistrado confira à lei a interpretação que julgar mais adequada, sem considerar outros fatores – a exemplo das decisões pretéritas acerca de determinada questão – significa prestar um desserviço aos jurisdicionados. Em outros termos, significa sujeitar os indivíduos a um contexto eivado de imprevisibilidade e de insegurança jurídica, portanto em dissonância com as garantias constitucionais.

A volatilidade dos entendimentos coloca em xeque a reputação do Poder Judiciário enquanto responsável pelo exercício da função jurisdicional – a quem incumbe a resolução de conflitos – e fere, em outros termos, a confiabilidade do jurisdicionado, acarretando uma descrença generalizada.²⁸⁴ Se não há estabilidade decisória e se casos que envolvem as mesmas circunstâncias podem ser resolvidos de formas diferentes, cria-se um contexto marcado pela insegurança inerente ao “direito lotérico”²⁸⁵: a uns, o direito; a outros, na mesma situação, o não direito.

Outrossim, nada justifica que casos símiles tenham soluções diversas pelo simples fato de terem sido decididos por juízes diferentes. É dizer: o princípio do livre convencimento motivado, sem limitações, não pode legitimar quaisquer decisões, muito menos ser instrumento de afronta ao princípio da isonomia. A exigência, no ponto, é buscar a coerência da ordem jurídica, imprescindível ao Estado de Direito.

No caminho desse desiderato, há que se ter em mente, sobretudo, o caráter público da função jurisdicional.²⁸⁶ O ideal da

²⁸⁴ Paula Pessoa Pereira bem assenta que “a falta de estabilidade, que pode ser atribuída principalmente à variação das decisões judiciais, associada à falta de previsibilidade, também relacionada a esta situação dificulta a confiança do cidadão nas instituições jurídicas” (*Legitimidade dos precedentes*: universabilidade das decisões do STJ, p. 55).

²⁸⁵ A expressão é de Eduardo Cambi (*Jurisprudência lotérica. Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 786, p. 108-128, abr. 2001. p. 111).

²⁸⁶ Daniel Mitidiero afirma que “a transformação da ‘procedura’ em ‘diritto processuale civile’ foi acompanhada por uma radical mudança

segurança jurídica está estritamente relacionado à função publicística do processo²⁸⁷: mais do que julgar as causas que envolvem particulares, o exercício do ofício judicante está atrelado à solução dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário de maneira uniforme.²⁸⁸

A partir do momento em que os indivíduos abrem mão do poder de autotutela, delegando-o ao Estado, incumbe-lhe manter a paz social, pela jurisdição. Nas palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da

no que concerne aos fins do processo civil. Obra da doutrina alemã do final de Oitocentos e da doutrina italiana do início de Novecentos, o aparecimento do direito processual civil como disciplina autônoma foi marcado por uma indiscutível guinada – de uma perspectiva privatista e individualista para uma *perspectiva publicista* e em grande parte também *estatalista* do processo civil” (*Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 22).

²⁸⁷ Eduardo de Albuquerque Parente estabelece essa relação entre o caráter público da função jurisdicional e a segurança jurídica, observando que não obstante o Estado tenha interesse em solucionar conflitos, também estabelece a segurança jurídica como um ideal a ser perseguido, sob uma visão publicística do processo. (*Jurisprudência*: da divergência à uniformização, p. 20).

²⁸⁸ Diz Alysso Leandro Mascaro que “a decisão judicial se relaciona com a segurança jurídica porque, no processo, as partes e o juiz se encontram mergulhados numa rede de relações sociais que são estabilizadas por determinados níveis de segurança social. Trata-se de uma posição perspectiva da decisão judicial em face de suas implicações. Mas, para além disso, há um momento constitutivo na relação entre segurança social e segurança jurídica no plano judicial. O juiz que decide não é distinto da sociedade e de suas contradições. Pode-se, ainda mais, dizer que o juiz e a decisão judicial são constituídos pela sociedade. Se a segurança jurídica reiterada e confirmada judicialmente é, em média, próxima ao nível de expectativas da segurança social, isso não se faz apenas porque o juiz se dobra deliberadamente ao interesse médio, mas, sim, porque ele é constituído por essa média. E em tal nível estrutural e constitutivo que também a decisão judicial em geral conforma seu apelo por segurança jurídica à segurança média desejada socialmente” (Para uma teoria geral da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, v. 31, p. 792-810, jan./abr. 2015. p. 808).

possível justiça de mão própria, impôs-se lhe prover a distribuição dos julgamentos onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido”²⁸⁹.

Por decorrência, o Estado deve garantir aos jurisdicionados certa previsibilidade em seus julgamentos, inclusive para orientar suas condutas. Não é admissível que o resultado de um processo seja relegado ao acaso ou às convicções pessoais de cada julgador, diante de um caso concreto idêntico. Assim, em semelhantes circunstâncias fáticas, incumbe privilegiar a interpretação conferida à lei, com o intuito de não afrontar a esfera jurídica dos jurisdicionados com uma decisão proferida à revelia de entendimentos pretéritos e à revelia do ordenamento jurídico.

Dáí exsurge a ideia de igualdade, consubstanciada na Constituição Federal. Não obstante o preceito constitucional se referir à igualdade “perante a lei”, a “lei” deve ser compreendida em sentido amplo, abarcando também as decisões judiciais. Mais adequado, portanto, é falar em igualdade perante a norma, que compreende não só a igualdade nas previsões legislativas, mas também na aplicação da lei aos casos concretos.

De fato, se a lei, por si só, é insuficiente para solucionar todos os casos submetidos à tutela jurisdicional e se a sua aplicação pressupõe atividade interpretativa do juiz – que reconstrói o sentido da norma, como apontado linhas atrás –, então a atuação precisa ser regulada e submetida aos mesmos preceitos constitucionais que constituem o fundamento de validade das leis.

Nesse passo, o ofício judicante deve, ao mesmo tempo, garantir a igualdade sob o ponto de vista material²⁹⁰ e ser exercido em consonância com a garantia da segurança jurídica. Materialmente, as decisões não devem ser isonômicas para que nenhum jurisdicionado seja preterido, simplesmente pelo acaso de ter sua pretensão julgada por magistrado que comungue com as teses por ele aventadas. Muito embora assista ao magistrado certa liberdade no exercício de sua função, não poderá julgar à

²⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, p. 56.

²⁹⁰ Que exige tratamento equânime a situações semelhantes e autoriza disciplinas diferenciadas a casos que se repute diferentes, na medida dessas diferenças.

revelia dos entendimentos sustentados pelos órgãos jurisdicionais que lhe são superiores. Em síntese, “o paradigma constitucional da isonomia [...] reverbera em técnicas e amolda-se fundamentalmente à ideia de julgamentos equânimes”.²⁹¹

Não por acaso, o Poder Judiciário é estruturado de forma hierárquica e o propósito é permitir que as decisões sejam revistas e lapidadas. Permitir a evolução do direito não significa admitir que o magistrado julgue à revelia dos entendimentos exarados pelos tribunais superiores, sem a noção de que pertence a uma estrutura previamente definida.

Outro dever que deflui da noção de pertencimento do magistrado a uma estrutura maior (qual seja, a estrutura do Poder Judiciário, com sua hierarquia pré-estabelecida) é o de os tribunais se manterem atualizados com os entendimentos sustentados por seus pares e pelos órgãos hierarquicamente superiores. O juiz não pode desconhecer a orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca de determinado assunto, tampouco perder de vista o posicionamento sustentado pelo tribunal ao qual está vinculado.

Todavia, entende-se que a necessária observância aos entendimentos exarados por órgãos hierarquicamente superiores não constitui uma adstrição irrestrita – como se abordará, oportunamente, na seção 3.8. Por ora, cumpre pontuar que é necessário um mínimo de previsibilidade das decisões judiciais e de estabilidade das relações jurídicas, sob pena de se disseminar insegurança jurídica e, por consectário, afrontar a Constituição Federal nesse mister.

Com fulcro nessas premissas, o legislador do CPC/2015 foi categórico ao prever, no artigo 926, o dever de cada tribunal de uniformizar a sua jurisprudência e, além disso, mantê-la *íntegra, estável e coerente*. A propósito, é importante discorrer, ainda que de forma breve, sobre os deveres de integridade, estabilidade e coerência.

De início, jurisprudência íntegra pode ser compreendida como “a antítese de um poder judicial arbitrário, idiossincrático, dissimulado ou tendencioso”.²⁹² Em outros termos, o “dever de

²⁹¹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 52.

²⁹² FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no

integridade relaciona-se com a ideia de unidade do direito”.²⁹³ Assim, manter a jurisprudência íntegra significa garantir que as decisões sejam proferidas em observância ao ordenamento jurídico, compreendido como um sistema.²⁹⁴

A estabilidade deflui da necessidade de se manter a orientação do tribunal acerca de determinada questão em reiterados julgamentos – a menos que sobrevenham circunstâncias (por exemplo, de cunho social, econômico, jurídico) passíveis de implicar sua alteração. Preconiza-se, aqui, a necessária segurança jurídica que deve ser conferida aos jurisdicionados, para que não sejam surpreendidos com as oscilações jurisprudenciais.²⁹⁵

A coerência, por fim, pressupõe a adequação do entendimento com outras decisões previamente proferidas pelo

processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 950, 2014. p. 5.

²⁹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2. p. 484.

²⁹⁴ Significa, na lição de Araken de Assis, que “em qualquer decisão sobre a questão de direito [...], o órgão fracionário do tribunal resgatará os motivos determinantes da tese [...] nas decisões anteriores (visão retrospectiva), conducentes à cristalização da tese, e os cotejará com o estado atual da questão” (*Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 334).

²⁹⁵ Reconhece Almiro do Couto e Silva que não há, no direito brasileiro, “a regra do *stare decisis*, ou da força vinculativa dos precedentes, o que tem impedido que, no rigor da técnica, possa a jurisprudência ser considerada como fonte de Direito. Mas ninguém negará que a jurisprudência constante, uniforme, plenamente consolidada, exerce papel semelhante ao que desempenhava o *ius honorarium*, nos seus conflitos com o *ius civile*, no Direito Romano. Muito embora não pudesse o *ius honorarium* ab-rogar formalmente o *ius civile*, a ele, no entanto, se sobrepunha na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o *ius honorarium* e não o *ius civile* [Grifos do autor]” (Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RS*, Porto Alegre, v. 46, p. 11-29, 1988. p. 18).

próprio tribunal (dever de autorreferência)²⁹⁶ como um de seus espectros.²⁹⁷ A coerência traz em seu bojo a ideia de vinculação horizontal, além do dever de consonância com o ordenamento jurídico, em sua integralidade.

O diploma processual civil reforça o prestígio conferido às decisões judiciais e, mais do que isso, sobreleva a função exercida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal enquanto órgãos de cúpula, incumbidos de zelar pela univocidade interpretativa da lei federal e da ordem constitucional, respectivamente.

Delineados os contornos gerais da segurança jurídica na função jurisdicional, no próximo capítulo, passa-se a discorrer sobre os tribunais superiores, a dispersão jurisprudencial e os meios recursais de contenção no direito brasileiro – entre os quais os embargos de divergência, cerne do estudo proposto.

²⁹⁶ Como aduz Ravi Peixoto, “a autorreferência relaciona-se com uma visão institucional do exercício da função judicial” (*Superação de precedente e segurança jurídica*, p. 194).

²⁹⁷ A propósito, no V Fórum Permanente de Processualistas Civis, foi aprovado o Enunciado n. 454, nos seguintes termos: “uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do artigo 926 consiste em os tribunais não ignorarem os seus próprios precedentes (dever de autorreferência)” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 454*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

2 TRIBUNAIS SUPERIORES, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E MEIOS RECURSAIS DE CONTENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como debatido no primeiro capítulo, os tribunais exercem papel ativo e fundamental no desenvolvimento do direito brasileiro, ao aplicar e interpretar a lei.²⁹⁸ A despeito das dificuldades inerentes à interpretação²⁹⁹ e das várias possíveis soluções diante de um mesmo preceito normativo³⁰⁰, incumbe aos tribunais desvelar a norma jurídica do caso concreto, observando o dever de coerência e o princípio da segurança jurídica – que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Essa função é mais nítida nos tribunais superiores, alocados no ápice do Poder Judiciário, aos quais compete, precipuamente, zelar pela unidade do direito federal e constitucional. Assim, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal não têm por função promover a justiça do caso concreto, mas sim tutelar o direito objetivo, em nítida função nomofilática.³⁰¹

²⁹⁸ André Ramos Tavares sustenta que “a construção do Direito pelo judiciário é legítima” (*Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 68).

²⁹⁹ Como aduz Miguel Reale, “enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar” (*Lições preliminares de direito*, p. 167).

³⁰⁰ Seja em razão da própria lei – com a generalidade e a abstração que lhe são ínsitas – seja em virtude da própria linguagem – que comporta, por si só, uma plurivocidade de sentidos.

³⁰¹ Andrea Proto Pisani ressalta que essa função nomofilática se distingue sobremaneira da função de garantia subjetiva, ao passo que constitui uma função de garantia objetiva, que transcende o interesse versado na controvérsia e se volta à unificação da jurisprudência (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 557).

Ocorre que essa competência constitucionalmente atribuída às cortes de vértice³⁰², por vezes, é desvirtuada ou inviabilizada em razão do acúmulo de processos e da sobrecarga de trabalho. A propósito, uma breve incursão histórica desvela que a crise do Supremo Tribunal Federal remonta à década de 1940³⁰³, perpassa a criação do Superior Tribunal de Justiça e permanece em pauta, a orientar sucessivas reformas no Poder Judiciário e na legislação processual civil.³⁰⁴

Nesse contexto de ameaça à função precípua dos tribunais superiores, exsurge ambiente propício à disseminação de divergências jurisprudenciais, a desafiar os operadores do direito e os próprios jurisdicionados – que se veem, por vezes, desprovidos de parâmetros seguros, confiáveis, capazes de orientar suas condutas.

Então, a divergência, em um primeiro momento, soa como decorrência natural³⁰⁵ e até saudável à evolução do direito, por viabilizar discussões que culminam no amadurecimento de questões jurídicas. O problema surge quando a dissidência jurisprudencial não encontra justificativas, isto é, quando casos símiles, que comportariam aprioristicamente o mesmo deslinde jurídico, são tratados de maneira dissonante.

A divergência jurisprudencial é tema que historicamente desafia os juristas, encampa sucessivas alterações legislativas e

³⁰² Aqui entendidas como sinônimos de “tribunais superiores”, “órgãos de cúpula” e “órgãos de superposição”, como destacado no primeiro capítulo deste trabalho.

³⁰³ ROSAS, Roberto. Pontos e contrapontos da reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, p. 79-83, out. 2005. p. 79.

³⁰⁴ A mais recente delas, com o advento do CPC/2015.

³⁰⁵ Observa Andrea Proto Pisani, referindo-se ao ordenamento jurídico italiano, ser possível que diferentes juízes adotem decisões contrastantes com fulcro em interpretações diversas das mesmas disposições de lei, notadamente considerando serem as normas gerais e abstratas, frequentemente obscuras, contraditórias e equívocas (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 557). No original: “è ben possibile in un ordinamento come il nostro, in cui il diritto viene formulato normalmente attraverso norme generali ed astratte, che giudici diversi, in casi analoghi, di fronte a disposizioni spesso oscure, contraddittorie, equivoche, adottino decisioni contrastanti sulla base di interpretazioni diverse della stessa disposizione di legge”.

enseja inúmeras problematizações. Prova disso é a quantidade de mecanismos previstos na legislação processual civil com o fito de prevenir e/ou elidir posicionamentos jurisprudenciais dissonantes – sejam eles internos ou externos aos tribunais.

Diante disso, no presente capítulo aborda-se a função constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores, sem se furtar a uma breve incursão histórica com ênfase às suas configurações (inspiradas no direito estrangeiro) e às suas alterações funcionais e estruturais (pós Constituição Federal de 1988). Ato contínuo passa-se a discorrer sobre a crise dos tribunais superiores e as tentativas de superação, sobrelevando os efeitos perniciosos do acúmulo de processos que comprometem o funcionamento e, por vezes, o desempenho da função precípua destes tribunais (o que, por consectário, coloca em xeque a segurança jurídica, ao criar ambiente propício à proliferação das divergências jurisprudenciais).

Em seguida, enfrenta-se a divergência jurisprudencial, tanto endógena quanto exógena aos tribunais, e sua valoração à luz da segurança jurídica. Elucida-se, assim, as duas faces da divergência, que não necessariamente se reveste de um caráter negativo, mas figura como elemento essencial ao debate e à maturação do próprio direito. Após, analisam-se os meios recursais de contenção dos dissídios jurisprudenciais no direito brasileiro, tanto na instância ordinária como na instância extraordinária, entre os quais figuram os embargos de divergência – destacados como objeto do presente estudo.

2.1 OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A FUNÇÃO DE OUTORGA DE UNIDADE AO DIREITO

Os tribunais superiores se revestem de grande importância na medida em que lhes compete zelar pela unidade do direito. Em um contexto marcado pela insuficiência de leis, face à complexidade das relações sociais, e pelo protagonismo das decisões exaradas pelos tribunais, é essencial que haja um órgão incumbido de fixar a interpretação da lei que se afigure mais adequada, à luz do ordenamento jurídico.³⁰⁶

³⁰⁶ Aduz Geraldo Ataliba que “os preceitos normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema,

No âmbito do direito brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal³⁰⁷, alçados ao topo do Poder Judiciário, têm como função precípua resguardar a coerência do ordenamento jurídico, cassando e reformando as decisões que afrontem previsões de lei federal e previsões constitucionais, respectivamente.³⁰⁸ Enquanto órgãos de superposição – e não um terceiro grau de jurisdição –, esses tribunais não se prestam a fazer justiça³⁰⁹ no caso concreto (dimensão particular), mas sim a fixar a interpretação sobre determinada questão de direito, mediante a prolação de decisões-modelo, a serem aplicadas a todos os casos semelhantes (dimensão geral, correlata ao caráter publicístico do processo).

Dáí se conclui que, em razão das competências que lhes foram constitucionalmente atribuídas, a atuação dos tribunais superiores tem ingerência direta sobre a concretização do princípio da segurança jurídica, compreendido em suas várias acepções.³¹⁰ É esse, pois, o motivo que inspira a abordagem do presente trabalho, que se centra nos embargos de divergência: um recurso dirigido às cortes de vértice com o intuito de elidir dissidências jurídicas endógenas aos próprios tribunais (isto é,

conspicuamente fixadas em seus princípios. Em suma, somente a compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros” (*República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179).

³⁰⁷ Como já advertido, sempre que se fizer referência às cortes de vértice ou aos tribunais superiores, no presente trabalho, estar-se-á referindo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF) – muito embora não se olvide a existência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do Superior Tribunal Militar (STM) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

³⁰⁸ O que será tratado na seção 2.1.4 a seguir.

³⁰⁹ Aduz Alf Ross que “as palavras *justo* e *injusto* (ou *reto* e *não reto*) têm sentido quando empregadas para caracterizar a decisão tomada por um juiz, ou por qualquer outra pessoa que deve aplicar um conjunto determinado de regras. Dizer que a decisão é *justa* significa que foi elaborada de uma maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes [Grifos do autor]” (*Direito e justiça*, p. 319-320).

³¹⁰ Como exposto nas seções 1.1.2 e 1.1.3 deste trabalho.

posicionamentos dissonantes cultivados por diferentes órgãos colegiados do mesmo tribunal superior).³¹¹

Assim, impende tecer breves digressões acerca das influências que os modelos europeus exerceram na conformação dos tribunais superiores brasileiros e abordar a distinção doutrinária entre *Cortes Superiores* e *Cortes Supremas*. Após, passa-se a discorrer sobre o Supremo Tribunal Federal antes do advento da Constituição de 1988 e sobre o Superior Tribunal de Justiça, cuja criação (pela Constituição Federal de 1988) perpetrou alterações funcionais e estruturais naquele tribunal, restringindo suas competências. Por fim, examina-se a função precípua do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de conferir univocidade interpretativa à legislação – e, assim, propagar segurança jurídica, princípio norteador da prestação jurisdicional.

2.1.1 Tribunais superiores, influências estrangeiras e a ideia de “cortes superiores” e “cortes supremas”

A concepção e a configuração dos tribunais que figuram no ápice do Poder Judiciário brasileiro³¹² sofreram forte influência dos modelos europeus, em especial, do modelo português (que, por sua vez, foi inspirado nos modelos francês e italiano). Como herança do período colonial, mesmo depois da independência do Brasil, as ordenações portuguesas continuaram a ser aqui aplicadas, assim como os “Assentos da Casa de Suplicação”.^{313_314}

³¹¹ Aduz Helena Najjar Abdo que “a preocupação tutelada pela previsão desse recurso [embargos de divergência] é, justamente, a preservação da *isonomia* entre os jurisdicionados. Ou seja, não quer o sistema processual (e, evidentemente, toda a sociedade) que se estabeleçam diferenciações injustificáveis entre sujeitos que se encontram em situações idênticas [Grifo da autora]” (Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 229).

³¹² Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, para os fins deste trabalho, como previamente advertido.

³¹³ Rememora Rodolfo Camargo Mancuso que “o Brasil Colônia estava integrado ao *Reino Unido de Portugal e Algarves*, de sorte que, mesmo

Esses assentos, cujas origens remontam às “façanhas”³¹⁵, eram considerados normas, prescrições abstratas que estatuem “uma solução jurídica para pré-determinar (em termos de inequívocidade e de formal igualdade) a aplicação do direito”.³¹⁶ Assim, serviam de paradigma obrigatório³¹⁷, a orientar e vincular

proclamada nossa independência política (1822), aqui continuaram a projetar efeitos as Ordenações Filipinas e, juntamente com elas, os Assentos da Casa da Suplicação, conforme aliás o autorizava um Decreto de 20.10.1823” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 199).

³¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 233. Diz o autor que como o Brasil, à época, não possuía um acervo jurisprudencial próprio, “os *assentos* preexistentes, em Portugal e no Brasil, foram todos implantados no ordenamento jurídico pátrio, com força de lei, pelo Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875. O referido diploma, além de procurar trazer segurança jurídica para a nossa sociedade, reiterava ainda a tradição, que havia autorizado a antiga Casa da Suplicação do Brasil emitir *assentos* [Grifos do autor]” (*Idem*).

³¹⁵ BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 193. Eis o que leciona o autor ao versar que antes “que as grandes codificações regulassem em Portugal a instituição do assento, cuja aplicação durante os séculos produziu fecundos resultados, a idéia da uniformização da jurisprudência já havia repontado na curiosa figura denominada *façanha*. Esta palavra que, modernamente, é empregada no sentido de ação heróica, admirável, ilustre ou gloriosa, no antigo direito português significava ‘juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem o fez e dos que o aprovaram, fica servindo como de aresto para se imitar, quando outra vez acontecesse’ [Grifo do autor]” (*Idem*). José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, explica que “as *façanhas* eram sentenças, casos julgados notáveis e duvidosos, cuja força vinculante decorria da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, bem como da exemplaridade do caso. Ficavam assim servindo como aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez ocorresse” (*Precedente judicial como fonte do direito*, p. 120).

³¹⁶ NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 39.

³¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 231. Importa destacar passagem em que o autor alude à origem dos assentos no direito português para justificar a sua eficácia obrigatória: “perante um conflito de jurisprudência, gerado por soluções

o deslinde de futuros casos semelhantes que viessem a ser julgados.³¹⁸

A despeito do propósito a que se voltavam – qual seja, resguardar a unidade do direito – não passaram ao largo de críticas. Para Antonio Castanheira Neves, por exemplo, os *assentos* constituíam “apenas mais umas tantas normas que o sistema jurídico adquire e com que tem de contar, mas que, como tais, em nada contribuem para se alcançar a verdadeira unidade normativa da ordem jurídica”.³¹⁹

No anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid quis resgatar o instituto dos assentos ao atribuir carácter obrigatório às decisões do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais de justiça (conforme se tratasse de questão federal ou de direito local, respectivamente), sempre que fossem tomadas por maioria absoluta.³²⁰ Previa, ainda, que em quarenta e cinco

antagônicas à mesma questão de direito pelo Supremo Tribunal de Justiça, o litigante vencido, antes da decisão transitar em julgado, tinha a faculdade de interpor recurso, fundado no conflito de acórdãos. Este recurso era da competência do Tribunal Pleno, e a jurisprudência que no respectivo julgamento ficasse assentada ficava revestida, para o futuro, de eficácia obrigatória tanto para os tribunais inferiores como para o próprio Supremo, enquanto não fosse modificada por outra, igualmente emitida pelo próprio tribunal” (*Idem*).

³¹⁸ Leciona Antonio Castanheira Neves que “o que passa a vincular não é já a lei, mas o sentido que à lei fixa o *assento* e que se substitui àquela – que se substitui aos sentidos possíveis de que concretamente, através da experiência da sua realização histórica, a lei fosse susceptível e que são afinal os seus verdadeiros sentidos jurídicos [Grifo do autor]” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 112).

³¹⁹ NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 259. E continua o autor, aduzindo que os assentos “contribuem tanto ou tão pouco como a simples prescrição de quaisquer novas normas legais – que são apenas outros dados e factores a considerar no problema da unidade normativa e não o critério desta” (*Idem*).

³²⁰ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 222. Notícia o autor que no anteprojeto do CPC/1973, publicado em abril de 1964, pretendia-se “reviver os assentos de Casa de

dias depois de sua publicação, o assento assumiria força de lei.³²¹ Embora o anteprojeto prevísse que os assentos teriam o condão de se transformar em lei, seu próprio autor, Alfredo Buzaid, publicou artigo no qual afirma, referindo-se ao processo civil português, que o assento não é lei, mas sim “interpretação autêntica dada pelo Supremo Tribunal de Justiça em face de exegeses antagônicas da mesma disposição legal”.³²²

A proposta de reincorporação dos assentos não prevaleceu no projeto do Código de Processo Civil de 1973, que privilegiou a súmula da jurisprudência predominante. Em verdade, como comenta José Carlos Barbosa Moreira, “o Projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei; não suprimiu o Capítulo, mas deu-lhe nova feição, inspirada na Súmula da Jurisprudência Predominante do STF e conservada, com alterações de pormenor, pelo Congresso Nacional”.³²³

Desde então, várias foram as inserções, no direito brasileiro, de institutos voltados à valorização das decisões emanadas dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) que têm a incumbência precípua de zelar pela interpretação do direito (constitucional ou federal,

Suplicação admitidos pelas Ordenações e que eram fruto da monarquia absoluta, tendo convivido com ela até o seu termo” (*Idem*).

³²¹ Eis o que comenta Rodolfo de Camargo Mancuso, ao versar que “no anteprojeto oferecido por Alfredo Buzaid, revivia-se a tradição lusitana dos *assentos obrigatórios*, prevendo-se que a decisão tomada por maioria absoluta, no STF (questão federal) ou nos Tribunais de Justiça (direito local), seria obrigatória nos respectivos âmbitos, enquanto não viesse alterada por igual critério; editado o *Assento*, este teria força de lei após 45 dias de sua publicação no órgão oficial (arts. 518, 519 e 520, parágrafo único) [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 206).

³²² BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 202. Na mesma ocasião, consignou o autor que “o Supremo Tribunal de Justiça não legisla; limita-se a estabelecer a inteligência da lei, pondo cobro ao dissídio da jurisprudência. Logo, não elabora lei; mantém a lei existente; não inova; consolidada a interpretação mais legítima; não altera a ordem jurídica; submete-se a ela” (*Idem*).

³²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 7.

respectivamente), garantindo assim a isonomia de tratamento e a segurança jurídica – como se verá na seção 2.1.4.

Essa noção, há muito enraizada no ordenamento jurídico brasileiro, adveio da configuração das cortes de outros países, principalmente da França³²⁴, que inspirou também a *Corte di Cassazione* italiana.³²⁵ Então, antes de adentrar as nuances relativas às cortes brasileiras, cumpre fazer um breve retrospecto, com algumas incursões no direito francês e no direito italiano.

O arquétipo do que hoje se denomina corte de cassação remonta ao antigo regime francês, quando foi criado o *Conseil des parties*, com o objetivo de controlar a atividade dos juízes. À época, em um contexto marcado por fortes tensões entre magistratura (e seu poder centralizador) e parlamento (e seu poder centralizador), os juízes eram vistos como “o mais grave perigo para a manutenção das leis”.³²⁶

Assim, sempre que a decisão estivesse viciada de violações (*contravention aux ordonnances*), facultava-se às partes se valer da cassação (*demande en cassation*) – que apresentava estrutura similar à *querela nullitatis* do direito comum, como observa Piero Calamandrei³²⁷ – para corrigir o vício. Uniu-se o interesse

³²⁴ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Traducción di Santiago Santís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Europa-América, 1959. p. 38. Diz o autor que “do direito francês o sistema da cassação penetrou amplamente nas legislações europeias” (*Idem*). No original: “*del derecho francés el sistema de la casación ha penetrado ampliamente en las legislaciones europeas*”.

³²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 220.

³²⁶ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 33.

³²⁷ Comenta o autor que “a estrutura processual desta *demande en cassation* era, pois, similar à da *querela nullitatis* do direito comum: mas, a diferença desta, que como vimos era um meio de impugnação reservado à cognição de um órgão especial judicial, a *demande en cassation* só podia ser dirigida ao Soberano, que tomava conhecimento dela por meio do próprio Conselho de governo, dentro do qual, quando a cassação começou a assumir o caráter de instituto que funcionava regularmente, se especializou, uma seção peculiar chamada *Conseil des parties*, com a competência específica de conhecer dos recursos dirigidos por particulares ao Soberano em matérias relativas à administração da justiça, ou de anular, com reenvio a outro juiz, as sentenças que aparecessem verdadeiramente viciadas pela denunciada contravenção [Grifos do autor]” (CALAMANDREI, Piero. *La casación*

privado (de ver cassada uma decisão contrária aos interesses da parte sucumbente) ao interesse público (de avaliar a adequação, a correção da interpretação realizada pelo órgão julgador, em face do ordenamento jurídico) para que, em uma mesma oportunidade, fosse eliminada a injustiça que afetava o particular e a injustiça que ofendia a lei em seu alcance geral.³²⁸

civil, p. 30-31). No original: “*la estructura procesal de esta demande en cassation era, pues, similar a la de la querela nullitatis del derecho común: pero, a diferencia de ésta, que como hemos visto no era un medio de impugnación reservado a la cognición de un órgano especial judicial, la demande en cassation sólo podía ir dirigida al Soberano, que tomaba conocimiento de ella por medio del propio Consejo de gobierno, dentro del cual, cuando la casación comenzó a asumir el carácter de instituto que funcionaba regularmente, se especializó, una sección peculiar llamada Conseil des parties, con la competencia específica de conocer sobre los recursos dirigidos por los particulares al Soberano en materias relativas a la administración de la justicia, o de anular, con reenvío a otro juez, las sentencias que apareciesen verdaderamente viciadas por la denunciada contravención*”.

³²⁸ Piero Calamandrei explica que “esta contraposição entre a injustiça que afeta o particular (o qual, se quiser, pode contra ela se insurgir mediante a apelação) e a injustiça que ofende a lei em seu alcance geral (pela qual, sem necessidade de apelação, não se forma jamais uma sentença capaz de constituir coisa julgada), se formula nas Fontes romanas com a famosa contraposição à qual se remonta sempre quando se fala das origens da cassação: enquanto no primeiro caso o juiz pronuncia ‘*contra ius litigatoris*’, no segundo pronuncia ‘*contra ius constitutionis*’ [...] e vem deste modo a ofender, não o direito subjetivo do particular, que resta igualmente sacrificado independente de qual seja o erro, de fato ou de direito, do qual deriva a injustiça da sentença, mas a observância da lei como preceito abstrato, a conformidade com a vontade do legislador, e quase poderíamos dizer, antecipando-nos a conceitos modernos, o princípio constitucional de divisão de poderes, em virtude do qual o juiz é chamado para aplicar a lei, e não cria-la ou reforma-la ao seu arbítrio [Tradução nossa]” (*La casación civil*, p. 24-25). No original: “*esta contraposición entre la injusticia que afecta al particular (quien, si quiere, puede reaccionar contra ella mediante la apelación) y la injusticia que ofende a la ley en su alcance general (por la cual, sin necesidad de apelación, no se forma jamás una sentencia capaz de constituir cosa juzgada), se formula en las Fuentes romanas con la famosa contraposición a la cual se remonta siempre cuando se habla de los orígenes de la casación: mientras en el primer caso el juez pronuncia ‘contra ius litigatoris’, en el segundo pronuncia ‘contra ius*

Mais tarde, sob a égide da Revolução Francesa, o *Conseil des partis* foi transformado em *Tribunal de cassation*, convolvendo-se em um “órgão de controle constitucional, posto ao lado do poder legislativo para vigiar a atividade dos órgãos judiciais e reprimir as ingerências com que os juízes trataram de se furtar à observância da lei”.³²⁹

Note-se que competia ao tribunal tão somente cassar a sentença (juízo de cassação), porquanto incumbisse ao órgão jurisdicional inferior a tarefa de proferir nova decisão (juízo de revisão). Caso essa nova decisão fosse no mesmo sentido daquela cassada, caberia à parte novamente recorrer à Corte de Cassação. Contudo, se o magistrado *a quo* insistisse em proferir nova decisão contrária à orientação da Corte (a segunda, portanto), viria a propósito o *référé obligatoire* “que ditava um decreto de interpretação da lei, ao qual teria por último que ajustar-se o terceiro juiz de reenvio”.³³⁰

Antonio Castanheira Neves comenta que os tribunais de cassação que seguiram a mesma conformação do *Tribunal de Cassation* francês mantiveram, na primeira fase, uma concepção “estritamente legalista do direito” e tinham como único objetivo “a defesa formal da lei contra as possíveis rebeldias ou não plena e incondicional obediência”. Limitavam-se, os tribunais, a promover a cassação da decisão recorrida (caso presentes os pressupostos para tal), determinando o reenvio da causa ao tribunal *a quo* para novo julgamento. A partir do momento em que se reconheceu a atividade interpretativa dos magistrados,

constitutionis’ [...], y viene de este modo a ofender, no al derecho subjetivo del particular, que queda igualmente sacrificado cualquiera que sea el error, de hecho o de derecho, del cual derive la injusticia de la sentencia, sino la observancia de la ley como precepto abstracto, el acatamiento a la voluntad del legislador, y casi podríamos decir, anticipándonos a conceptos modernos, el principio constitucional de distribución de los poderes, en virtud del cual el juez está llamado a aplicar la ley, y no a crearla o reformarla a su arbitrio [Grifos do autor]”.

³²⁹ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 32-33. No original: “un órgano de control constitucional, puesto al lado del poder legislativo para vigilar la actividad de los órganos judiciales y reprimir las ingerencias con que los jueces trataron de sustraerse a la observancia de la ley”.

³³⁰ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 34.

inaugurou-se a segunda fase, quando os tribunais passaram a não só promover a “estrita defesa formal da lei”, como também a “uniformidade daquela jurisprudência que na atividade jurisdicionalmente interpretativa e integradora [...] não podiam deixar de ir constituindo”. Houve, ainda, uma terceira fase, na qual os tribunais abandonaram a função adstrita rigorosamente à cassação, para assumir o que configura a verdadeira função jurisdicional.³³¹

Na verdade, o *Tribunal de Cassation* francês não visava unificar a orientação jurisprudencial, porquanto sua atuação era limitada à cassação da sentença e à repressão da desobediência à lei.³³² Nas hipóteses extremas, de insistência dos juízes de reenvio na prolação de decisões semelhantes à cassada, cabia recorrer ao *référé*.

Como órgão de controle, o *Tribunal de cassation* era destituído de função jurisdicional. Essa configuração, todavia, foi alterada quando a competência do Tribunal passou a abranger “a interpretação errônea e a falsa aplicação da lei, até chegar a todos os erros de direito *in iudicando*”³³³ além da contravenção expressa ao texto da lei (*contravention expresse au texte de la loi*). Assim, o *Tribunal de cassation* passou a integrar o Poder

³³¹ NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 79-80, 82, 85-86.

³³² BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 210. Explica o autor que a Corte de Cassação francesa, “em sua primeira fase, consoante a lei de 16/24.8.1790, devia dirigir-se ao Poder Legislativo sempre que lhe parecesse necessário interpretar a lei. Quando, pela devolução da causa que se seguiu a uma primeira cassação, o segundo tribunal julgava como o primeiro e a decisão fosse objeto de novo recurso fundado nos mesmos motivos, a Corte de Cassação não podia apreciá-lo sem primeiro solicitar ao Poder Legislativo uma interpretação, a que está obrigado como todos os tribunais, a se conformar” (*Ibidem*, p. 209-210).

³³³ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 35-36.

Judiciário a partir de 1837³³⁴ e se tornou a *Cour de Cassation*, a Suprema Corte reguladora da interpretação jurisprudencial³³⁵.

Por influência do direito francês, a cassação foi acolhida na Itália na primeira metade do século XIX – inicialmente por vários Estados italianos (portanto, antes da unificação)³³⁶, até sua unificação em uma única corte. Piero Calamandrei explica que a Corte de Cassação está estreitamente imbricada com o recurso de cassação³³⁷, guardando, ambos, uma relação de complementaridade recíproca. De um lado, a Corte de Cassação é órgão constituído especialmente para julgar os recursos de cassação – tendo estrutura e procedimento específicos para tal; de outro, o recurso de cassação é um meio de impugnação, cujas peculiaridades, tal como previstas na legislação processual, viabilizam o exercício das funções constitucionalmente atribuídas à Corte de Cassação.³³⁸

³³⁴ GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, Dialética, v. 1, p. 93-108, abr. 2003. p. 96.

³³⁵ Aduz Alfredo Buzaid que “após as alterações constantes da lei de 16.9.1807, que transferiu ao Imperador o direito de interpretar a lei, o documento legislativo mais importante foi a lei de 1º.4.1837, que adotou o princípio da interpretação judiciária de maneira mais conforme às regras essenciais da hierarquia e ao escopo da Corte de Cassação” (Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 210).

³³⁶ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 37.

³³⁷ Assim também consigna Andrea Proto Pisani (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 556).

³³⁸ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 9-10. No original: “*la Corte de casación es un órgano especialmente constituído para juzgar sobre los recursos de casación, de manera que su composición y el procedimiento que ante ella se sigue, están establecidos de tal modo, que respondan a las exigencias procesales propias de la estructura de tal remedio; e, viceversa, el recurso de casación es un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal de modo que provoquen de parte de la Corte de casación un cierto reexamen limitado, correspondiente a sus especiales fines constitucionales*”. Em tradução livre, diz o autor que “a Corte de Cassação é um órgão especialmente constituído para julgar os recursos de cassação, de forma que sua composição e o procedimento que diante dela se segue, estão estabelecidos de tal modo que respondam às

Então, por um lado, a Corte de Cassação foi constituída, especialmente, para julgar os recursos de cassação; por outro, a interposição de tais recursos exige requisitos específicos, estabelecidos por lei, a fim de limitar a sua atuação.³³⁹ A *Corte di Cassazione* deve, assim, primar pela uniformidade da jurisprudência, com o intuito de resguardar não só a igualdade de todos perante a lei, como também a unidade do direito objetivo³⁴⁰, elidindo posicionamentos dissonantes.³⁴¹

exigências processuais próprias da estrutura desse remédio; e, vice-versa, o recurso de cassação é um meio de impugnação cujas condições estão estabelecidas pela lei processual de modo que provoque da parte da Corte de Cassação um certo reexame limitado, correspondente aos seus especiais fins constitucionais”.

³³⁹ Nesse passo, diz Giuseppe Chiovenda que o recurso de cassação “é o meio de provocar o julgamento da Corte de Cassação sobre a sentença denunciada, nos limites que a esse recurso se assinalam” (*Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3. p. 351).

³⁴⁰ Leciona Miguel Reale que “o Direito Objetivo, como conjunto de normas e modelos jurídicos, - exatamente porque se destina a ter vigência e eficácia na universalidade de um território, - constitui, no seu todo, um sistema global que, através de um termo italiano já integrado em nossa língua, se denomina *ordenamento jurídico*” (*Lições preliminares de direito*, p. 189-190).

³⁴¹ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 15. Pertinente citar o excerto em que o autor versa sobre o assunto. Diz que “essa função unificadora da jurisprudência está encomendada à Corte de Cassação, a qual, portanto, está chamada assim a defender não só a igualdade de todos os cidadãos perante a (mesma) lei, mas também a unidade do direito objetivo nacional, que restaria ameaçada e destruída pela superposição, sobre a lei nominalmente única, de numerosas interpretações judiciais contemporâneas, por si só prejudiciais, porém mais terríveis como fontes de perturbação da jurisprudência futura, na qual toda opinião errônea pode dar origem, por exemplo, e poderíamos dizer, de ‘contágio’, que implica toda máxima, a correntes de pensamento jurídico aberrantes. Para eliminar esta pluralidade de ‘correntes’ ou ‘direções’ jurisprudenciais, está posta a Corte de Cassação, no centro e no vértice da interpretação judicial, como órgão unificador e regulador [Tradução nossa]” (*Idem*). No original: “*esta función unificadora de la jurisprudencia está encomendada a la Corte de casación; la cual, por tanto, está llamada así a defender, no sólo la igualdad de todos los ciudadanos ante la (misma) ley, también la unidad del derecho objetivo nacional, que quedaría amenazada e destruída por*

Na realidade, as incumbências da Corte de Cassação italiana – de assegurar a exata observância e a uniformidade interpretativa da lei, garantir a unidade do direito objetivo nacional e regular conflitos de competência e atribuição – identificam a função nomofilática que exerce. Como assenta Andrea Proto Pisani, compete à Corte assegurar que a lei substancial, que cada juiz é chamado a aplicar, seja interpretada exatamente e em modo uniforme em todo o território nacional.³⁴² Daí porque a função nomofilática difere substancialmente da função de garantia subjetiva desempenhada por outros meios recursais: o recurso de cassação exerce função de garantia

la superposición, sobre la ley nominalmente única, de numerosas interpretaciones judiciales contemporáneas, ya de suyo perjudiciales, pero más temibles todavía como fuentes de perturbación de la jurisprudencia futura, en cual toda opinión errónea puede dar origen, por la fuerza de ejemplo y, podríamos decir, de 'contagio', que implica toda máxima, a corrientes de pensamiento jurídico aberrantes. Para eliminar esta pluralidad de 'corrientes' o 'direcciones' jurisprudenciales, está puesta la Corte de casación, en el centro y en la cúspide de la interpretación judicial, como órgano unificador e regulador [Grifos do autor]”.

³⁴² PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 556-557. No original: “*tali disposizioni, e segnatamente la prima, individuano nella funzione di 'nomofilachia' il compito tipico, caratterizzante la Corte di cassazione e consistente nell'assicurare che la legge sostanziale, che ogni giudice è chiamato ad applicare, sia interpretata esattamente e in modo uniforme su tutto il territorio nazionale [Grifo do autor]”.* Em síntese, aduz o autor que “a exata observância da lei que a Suprema Corte deve assegurar não é a obediência aos comandos individuais por parte dos cidadãos, mas sim aquela dos juízes que são chamados a aplicá-la. É o exato conhecimento da lei no seu significado geral, aplicável em uma série indefinida de casos; se a ‘jurisprudência’ é definível como a interpretação judiciária das leis, a corte de cassação é posta exatamente como Corte reguladora da jurisprudência [Tradução nossa]” (*Idem*). No original: “*l’esatta osservanza della legge che la Suprema Corte deve assicurare non è quindi l’obbedienza ai singoli comandi individuali da parte dei cittadini, bensì quella dei giudici che sono chiamati ad applicarla. È l’esatta conoscenza della legge nel suo significato generale, applicabile in una serie indefinita di casi; se la ‘giurisprudenza’ è definibile come la interpretazione giudiziaria delle leggi, la Corte di cassazione è posta appunto come Corte regolatrice della giurisprudenza [Grifo do autor]”.*

objetiva e seu principal escopo denota um interesse que transcende àquele tratado na controvérsia. É, como aduz o autor, “o interesse geral à unificação da jurisprudência”.³⁴³

Contudo, os pronunciamentos da *Corte di Cassazione* não se revestem de obrigatoriedade, possuindo um valor meramente persuasivo e exemplar, como observa Piero Calamandrei. Na realidade, produzem determinados efeitos vinculantes, em modo cogente quanto ao caso concreto decidido e em caráter meramente preceptivo em relação aos demais casos.³⁴⁴

É importante observar que as cortes francesa e italiana não atuam como um terceiro grau de jurisdição, o que significa dizer que não se prestam à correção da justiça da decisão prolatada pelo órgão *a quo*, mas sim à correção da interpretação que foi

³⁴³ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 557. No original: “questa funzione di nomofilachia si distingue nettamente dalla funzione di garanzia soggettiva esercitata invece dall’appello; essa non consiste nell’offrire alla parte che si è vista dar torto dal giudice di primo o secondo grado uno strumento di controllo della giustizia e della validità della sentenza, ma assolve, come si suole dire, una funzione di ‘garanzia oggettiva’: là dove con tale espressione si vuole sottolineare che lo scopo ultimo del ricorso per cassazione è di tipo oggettivo, conforme cioè ad un interesse che transcende quello coinvolto nella singola controvérsia: l’interesse generale alla unificazione della giurisprudenza [Grifo do autor]”.

³⁴⁴ Aduz Renzo Provinciali que “a corte de cassação deriva da sua posição, posta ao vértice da organização jurisdicional, e da sua específica competência, uma função jurídico-política de caráter normativo e morador da interpretação do direito vigente, com determinados efeitos vinculantes, em modo cogente quanto ao caso singular decidido, e em um modo meramente preceptivo quanto à universalidade dos casos controvertíveis no futuro [Tradução nossa]” (*Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962. p. 55-56). No original: “la corte di cassazione deriva dalla sua posizione, posta al vertice dell’organizzazione giurisdizionale, e dalla sua specifica competenza, una funzione giuridico-politica di carattere normativo e moderatore della interpretazione del diritto vigente, con determinati effetti vincolanti, in modo cogente quanto al caso singolo deciso, ed in modo meramente precettivo (c.d. ‘precedente’: auctoritas rerum similiter iudicatarum), quanto all’universalità dei casi controvertibili in futuro [Grifo do autor]”.

conferida ao direito versado na lide.^{345_346} O recurso de cassação, leciona Renzo Provinciali, não devolve à corte suprema o reexame do conflito, mas tão somente o exame de determinadas questões, objetos da insurgência recursal, com o propósito de provocar uma decisão sobre a estabilidade ou não da sentença impugnada.³⁴⁷ Da mesma forma, Emilio Betti consigna que apenas a violação ou a falsa aplicação da lei enseja interposição do recurso.³⁴⁸

Assim, não compete à Corte de Cassação debruçar-se sobre os fatos versados, mas sim sobre a qualificação jurídica que lhes foi atribuída na decisão recorrida.³⁴⁹ Essa premissa não deve,

³⁴⁵ GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, Dialética, v. 1, p. 93-108, abr. 2003. p. 96.

³⁴⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso resume, com contumácia, o fim a que se prestam as cortes de vértice: “numa palavra, trata-se de um Tribunal encarregado de zelar, em nível nacional, pela inteireza positiva, eficácia e unidade interpretativa da lei; para tanto, a cassação se volta para a aferição da higidez técnico-formal da decisão recorrida, frente ao contexto jurídico-institucional do país, não estando vocacionada à prolação de juízo de valor acerca do *thema decidendum*, tal como veio resolvido pelo juízo *a quo*” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 221).

³⁴⁷ PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*, p. 43. No original, diz o autor que “*il ricorso per cassazione non devolve alla corte suprema il riesame del conflitto: ma solo l’esame di determinate questioni, oggetto dei mezzi di ricorso, e al solo scopo di provocare una decisione sulla stabilità o no della sentenza impugnata, agli effetti di un eventuale riesame, da compiersi da un terzo giudice*”.

³⁴⁸ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936. p. 693. No original: “*non ogni errore di giudizio è motivo di ricorso, ma solo la ‘violazione o falsa applicazione della legge’ (c. p. c. 517, n 3), cioè a) l’ingiustizia determinata da un errore nella risoluzione d’una questione di diritto [...] e inoltre, secondo la dottrina prevalente, b) l’ingiustizia determinata da un errore di fatto che incorra nell’applicazione di una massinha d’esperienza [Grifo do autor]*”.

³⁴⁹ Nesse ponto, Ovídio A. Baptista da Silva identifica um parentesco entre o recurso extraordinário, o recurso constitucional americano e o juízo de cassação. Diz que “tanto o recurso extraordinário quanto o recurso constitucional americano têm suas origens nas filosofias racionalistas do século XVII. [...] O remédio é outorgado para proteger o

contudo, ser compreendida em sentido extremo, como adverte Giuseppe Chiovenda, pois as questões fáticas não fogem à análise da Corte: pelo contrário, aprecia-se a natureza jurídica de um fato ou questões de fato passíveis de solução mediante aplicação de “máximas de experiência”.³⁵⁰

Claro que as cortes não julgam o direito em tese – o que seria impossível, visto que só se pode aferir a correteza ou não da interpretação a partir de determinado substrato fático. Contudo, ao apreciar o caso concreto, compete às cortes aferir se o viés interpretativo adotado pelo julgador é o que melhor se coaduna com o sistema jurídico. Compete-lhes, portanto, zelar pela unidade do direito.³⁵¹

direito contra o ‘erro’ cometido pelos tribunais dos Estados, da mesma maneira como concebemos nossos recursos. Este modo de pensar o Direito tem suas raízes firmemente presas às filosofias racionalistas e, quanto a nosso recurso extraordinário, ao exagero com que praticamos a doutrina da separação de poderes, pressupondo, como um dado, o monopólio integral da produção do direito pelo Poder Legislativo. É por esta via, que se desvela seu parentesco com o juízo de cassação, que pressupõe, como nosso recurso extraordinário, a separação entre ‘direito’ e ‘fato’. Tanto ele, quanto seu modelo americano, foram caldeados na mesma cultura do Iluminismo. Consequentemente, exibem ambos, com mais ou menos intensidade, as marcas dessa origem [Grifos do autor]” (“Questão de fato” em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, v. 13, p. 79-97, jul/ago. 2006. p. 80).

³⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2009. p. 1285.

³⁵¹ Explica Antonio Castanheira Neves que “o sentido imediato e mais elementar de unidade – sentido esse que não deixa, aliás, de estar ligado a uma certa fase da evolução histórica do contexto problemático em que se insere o nosso estudo – é aquele que a compreende simplesmente como *unicidade*. O direito tem unidade, neste sentido, quando há *um só* direito a ocupar um determinado espaço jurídico – p. ex., o espaço jurídico da comunidade nacional ou estadual. E recorde-se que a função (seja de cassação, seja de revista) dos supremos tribunais, como tribunais únicos nos vértices das respectivas hierarquias judiciárias, esteve, na verdade, ligada na sua origem quer à pretensão de por esse modo se defender a unidade (unicidade) da legislação, ao tempo recentemente conseguida, quer à pretensão de se preservar e até potenciar essa unidade do direito perante tendências juridicamente

Então, em um primeiro momento, cabe à Corte de Cassação avaliar a confluência de motivos necessários à anulação da sentença (*fase rescindente*). Ultrapassada essa fase, o recurso é remetido ao juízo *a quo* – de mesma hierarquia daquele prolator da decisão cassada –, a fim de apreciar o mérito da controvérsia, nos limites em que é operada a anulação (*fase rescisória*).³⁵²

Feitas essas breves digressões, importa destacar que parte da doutrina classifica as cortes em *Cortes Superiores* e *Cortes Supremas*, conforme suas configurações e as funções que exercem. Daniel Mitidiero, a propósito, aproxima as *Cortes Superiores* à concepção cognitivista do direito (teoria declaratória) e as *Cortes Supremas* à concepção lógico-argumentativa do direito (teoria constitutiva).³⁵³

A concepção do autor exige atenção às sutilezas que, por vezes, podem passar despercebidas. Controle de legalidade e controle de interpretação não se confundem e não têm o mesmo sentido, inclusive, porque defluem de inspirações teóricas

plurais de certas comunidades políticas” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 235-236).

³⁵² PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 565. No original, “*il giudizio di cassazione di distingue quindi in due fasi: 1) fase rescindente, davanti alla stessa Corte, il cui oggetto è costituito dal motivo o dai motivi fatti valere col ricorso. Solo in quanto il motivo di impugnazione sia ritenuto fondato e la sentenza annullata si avrà la 2) fase rescisoria, davanti ad un giudice normalmente di grado pari a quello che há adottato il provvedimento cassato, che ha per oggetto il riesame della controversia in merito, nei limiti in cui há operato l’annullamento*”.

³⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 32. Diz o autor que, “sumariamente, as *Cortes Superiores* estão vinculadas a uma *compreensão cognitivista do Direito*, a jurisdição é entendida como *simples declaração de uma norma pré-existente* e o escopo está em *controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme*, sem que as *razões* expendidas pelos juízes possam ser consideradas como *fontes primárias do Direito*. As *Cortes Supremas* estão vinculadas a uma *compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito*, a jurisdição é entendida como *reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica* e o escopo consiste em *dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes*, entendidas as *razões* adotadas nas decisões como *dotadas de eficácia vinculante*” (*Idem*).

diferentes: o primeiro é fruto de uma concepção já ultrapassada, típica do positivismo jurídico; o segundo é oriundo da teoria lógico-argumentativa, que tanto desafia a doutrina e os operadores do direito – como tratado no primeiro capítulo deste trabalho.

A ideia de *Corte Superior* remonta aos “dogmas da estatalidade e da completude do Direito, típicos da grande maioria das construções conceituais da cultura jurídica europeia de Setecentos e Oitocentos”.³⁵⁴ Estatalidade porque o direito deflui do poder do Estado; completude, como decorrência da Escola da Exegese, em cuja concepção a lei seria capaz de prever e regular todas as situações, formando, portanto, um sistema completo.³⁵⁵

Também a atuação dos magistrados, influenciada por essas premissas, cinge-se, eminentemente, à declaração do sentido da norma – o qual fora preestabelecido pelo legislador³⁵⁶, como desenvolvido com mais vagar nas seções 1.2.1 e 1.2.2. Porquanto a atuação dessas *Cortes Superiores* seja adstrita ao manejo de um raciocínio subsuntivo (subsunção dos fatos à norma preexistente)³⁵⁷, com o propósito de controlar a legalidade das decisões judiciais, as questões de direito ganham relevo e limitam a sua atuação, relegando as questões de fato a segundo plano.

Em outros termos, a análise das circunstâncias fáticas fica restrita aos magistrados singulares e aos tribunais de segundo grau, incumbindo às *Cortes Superiores* tão somente a análise das questões de direito – como se fosse possível isolar fatos e direito em um caso concreto.³⁵⁸ Exemplos disso seriam as *máximas*

³⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 34.

³⁵⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 153.

³⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 77.

³⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. v. 3, p. 197.

³⁵⁸ Quanto à impossibilidade de se dissociar as questões de fato e de direito, pertinente citar a lição de Antonio Castanheira Neves. Diz o autor que “o problema jurídico é problema que se põe perante um dado-pressuposto – dado pressuposto suscetível de justificar que o problema se ponha –, mas é pelo problema posto que se delimita o âmbito de relevância desse dado (da situação) e este se converte para aquele problema em seu objecto. Será, assim, errado (porque metodologicamente impossível) querer considerar, relativamente a um

*italianas*³⁵⁹, *os assentos portugueses* e *as súmulas brasileiras*.³⁶⁰ As cortes exercem, portanto, função *reativa* na medida em que invariavelmente partem de um caso submetido à sua apreciação por força do recurso interposto – o que viabiliza a correção de duas injustiças: pela ótica do jurisdicionado (então recorrente) e pela ótica do ordenamento jurídico (manter a unidade do direito).³⁶¹⁻³⁶²

problema jurídico, a situação (com os seus factos) e a intenção normativo-jurídica (com os seus critérios) como uma e outra se ofereceriam independentemente da sua inserção nesse problema, cada uma apenas em si, ou abstraindo da correlativa determinação que recebem na unidade problemática, e em cuja perspectiva elas apenas podem ter sentido como elementos do problema. Unidade problemática, diga-se por último, que unicamente também pode ser critério da sua identidade. Daí que não possam ser critério de unidade de uma questão de direito, qualquer que seja o problema em que esta tenha de revelar, nem só os ‘factos’ – ou a identidade referida só aos factos ou à situação de facto –, nem só as ‘normas’ – ou a identidade referida só às normas aplicáveis –, nem sequer a méra cumulação, alternativa ou simultânea, de ‘normas e factos’ – a identidade definida pela consideração já em alternativa, já em simultaneidade de certos factos e determinada norma ou normas [Grifos do autor]” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos Supremos Tribunais*, p. 46-49).

³⁵⁹ As máximas constituíam um meio de uniformização de jurisprudência no direito italiano, como explica Alfredo Buzaid. Impende reproduzir a lição do autor: “no direito italiano realizou-se a uniformização da jurisprudência através das máximas consolidadas da Corte de Cassação. As máximas consolidadas são publicadas, após a verificação da reiterada exegese que a Corte de Cassação atribui a determinada norma legal; e gozam de autoridade mais intensa do que a resultante de qualquer outro precedente, porque confortada por uma sucessão que vale para justificar os efeitos da consolidação. A definição da máxima obedece a um procedimento especial e não resulta da aplicação de um caso concreto; é estabelecida à luz da certeza de que, pela reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais conforme com a lei e com o sentimento de justiça” (Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 203).

³⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, p. 48.

³⁶¹ Ao discorrer sobre o assunto, Daniel Mitidiero pontua que o exercício dessa função tem início mediante a interposição de recursos, que

Embora os sustentáculos das *Cortes Superiores* se afigurem, hoje, ultrapassados (porquanto partam do pressuposto de completude e de suficiência da lei para a solução das controvérsias), não se olvida a sua importância na configuração das cortes de vértice, especialmente da *Corte di Cassazione* italiana e da *Cour de Cassation* francesa³⁶³ – que, como visto linhas atrás, exerceram forte influência na conformação de outras cortes, a exemplo daquelas que figuram no ápice do Poder Judiciário brasileiro.

Com a superação do paradigma positivista e com a visão de que a atividade interpretativa é indissociável do ofício judicante, no entanto, a função de controle da exata interpretação da lei – outrora atribuída às *Cortes Superiores* – tornou-se insuficiente. Na atual conjuntura, compete às cortes uniformizar a interpretação da lei, reconstruindo o seu sentido, mas principalmente zelar pela unidade do direito, tendo em mente o caráter publicístico do processo.^{364_365}

provocam a atuação das Cortes Superiores com vistas a conferir uniformidade à aplicação da legislação – e, por derradeiro, controlar a legalidade da decisão recorrida. Contudo, essa atuação tem eficácia restrita às partes e não pode ser compreendida como fonte do direito (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 33).

³⁶² CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*, p. 15.

³⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 37. Na dicção do autor, “esse modo de compreender a interpretação jurídica teve uma influência muito significativa na formação do direito processual civil e, muito especialmente, presidiu o modo como, por exemplo, foram concebidas a *Cour de Cassation* francesa e a *Corte di Cassazione* italiana. Não por acaso, essa forma de encarar a interpretação jurídica subjaz às conhecidas fórmulas que estão na base da *Cour de Cassation* (cuja função é cassar toda decisão que contenha uma ‘*contravention expresse au texte de la loi*’) e da *Corte di Cassazione* (cuja função é velar pela ‘*esatta osservanza e l’uniforme interpretazione dela legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale*’) [Grifos do autor]” (*Idem*).

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26. Na concepção do autor, “atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o

A *Corte Suprema*, então, erige-se sobre premissas diversas, a começar pelo reconhecimento da distinção entre texto e norma, e da existência de regras, princípios e postulados normativos. Nesse enleio, a teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica subjaz a atuação dos julgadores e à jurisdição se reconhece a função de conferir sentido à lei conforme o ordenamento jurídico – considerado em sua integralidade – e conforme o contexto histórico-social.^{366,367}

aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. Nesse sentido, por exemplo, admite-se a intervenção de *amici curiae* no recurso repetitivo, os quais são terceiros interessados na formulação do precedente – e não, certamente, na simples resolução do litígio. A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da Corte” (*Idem*).

³⁶⁵ Paula Pessoa Pereira aduz, a esse respeito, que “a finalidade pública da Corte Suprema tem como principal objetivo tutelar a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, devolver ao Estado de Direito a prospectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais” (*Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*, p. 153).

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, p. 18. Discorre o autor que “no momento em que se tem em conta que o Judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto, há que se dar à Corte Suprema a função de outorga de unidade ao direito, vale dizer, a função de definição do sentido adequado do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado contexto histórico. Dessa função decorre, naturalmente, a necessidade de o direito proclamado pela Corte Suprema adquirir estabilidade, projetando-se sobre a sociedade e sobre a solução dos casos conflitivos” (*Idem*).

³⁶⁷ Em razão dessa configuração das “cortes supremas”, Daniel Mitidiero sustenta que “o ideal é que a nomeação de seus membros ocorra por *indicação política*, obedecendo a mecanismos que assegurem tendencialmente a *influência das várias inclinações ideológicas* representadas politicamente no Poder Legislativo e no Poder Executivo, dentre *juristas com sólida formação e experiência* no campo do Direito [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 63).

Muito embora a *Corte Suprema* seja instada pelas partes, mediante a interposição de recursos, sua atuação não se limita às questões que tenham sido objeto de impugnação – diferentemente das *Cortes Superiores*. O meio de impugnação constitui um veículo que, ao provocar o pronunciamento do tribunal, viabiliza a pacificação de determinada questão, em atenção à unidade do direito.

No mesmo sentido, sustenta Antonio Castanheira Neves:

Antes hão de pensar-se os supremos tribunais como instituições que, integradas embora na função judicial em sentido estrito, sejam convocadas, mediante certa função específica mas actuando jurisdicionalmente, a uma intenção normativo-jurídica de relevo transcendisória que concorra para a constituição jurisprudencial da unidade do direito – com o sentido normativo e segundo o regime processual que enunciamos.³⁶⁸

Outra consequência oriunda dessa concepção é a noção de que as *Cortes Supremas* não devem atuar em quaisquer casos, envolvendo quaisquer questões de direito. Só aquelas que se afigurem relevantes, à luz do ordenamento jurídico, poderiam justificar a atuação destas cortes.

Dessa assertiva advém o substrato para se apor filtros recursais e requisitos de admissibilidade específicos aos recursos endereçados às cortes de vértice – como se verifica no Brasil em relação ao recurso especial e ao recurso extraordinário, com o propósito de refinar a atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (sem o que o funcionamento destes tribunais restaria inviabilizado). Além disso, justifica a concentração dos julgamentos de causas repetidas, que ampliam o debate (com a reunião de vários recursos, com distintos argumentos sobre uma mesma questão de direito) e otimizam o

³⁶⁸ NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 675.

trabalho dos tribunais superiores na análise da questão a ser decidida.³⁶⁹

A partir dessas premissas, estabelece-se uma correlação entre os modelos de cortes (*Cortes Superiores* e *Cortes Supremas*) e o sistema jurídico ao qual se filia determinado ordenamento. Assim, no sistema do *common law* – que, historicamente, confere maior liberdade aos magistrados no desenvolvimento do direito –, as cortes têm feição de *Cortes Supremas*, com função interpretativa e proativa na formação de decisões modelo.³⁷⁰ Ao sistema do *civil law*, por sua vez – que traz a legalidade em seu epicentro –, está atrelado o modelo de *Cortes Superiores*, às quais incumbe zelar pela correitude da aplicação da lei não só mediante a definição da interpretação mais adequada (à luz do ordenamento jurídico) mas também mediante a cassação e reforma de decisões que afrontem disposições legais e constitucionais.

Vê-se, então, que ambos os modelos de cortes – *Superior* e *Suprema* – erigirem-se sobre diferentes premissas teóricas, que influenciaram sobremaneira a conformação dos tribunais superiores.³⁷¹ No Brasil, cujo sistema jurídico é afeito,

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, p. 26.

³⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 61.

³⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* p. 116-117. Oportuno citar o excerto em que o autor, sob um olhar histórico, versa que “do ponto de vista de sua estrutura e organização, as cortes superiores tradicionais dos países de ‘Civil Law’ – especialmente, mas não apenas, no Continente europeu – são profundamente diversas dos tribunais superiores dos países de ‘Common Law’. Elas não têm a estrutura unitária e compacta de um tribunal de nove juízes (como as Cortes Supremas dos Estados Unidos e do Canadá) ou então de sete (como a Corte Suprema do Estado da Califórnia). No vértice do sistema judiciário dos países de ‘Civil Law’ encontramos, usualmente, uma dicotomia de cortes supremas, mutuamente autônomas: uma para as matérias civis e penais (como a nossa Corte de Cassação, a *Cour de Cassation* francesa e o *Bundesgerichtshof* alemão) e outra para as matérias administrativas (são típicos o nosso Conselho de Estado, o *Conseil d’État* francês e o *Bundesverwaltungsgericht* alemão). Em adição a esta falta de unitariedade, também existe o fato, muito relevante, de que a cada uma dessas cortes é atribuído grande número de juízes; por exemplo, mais de cem juízes operam tanto na *Cour de*

historicamente, ao *civil law*, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal apresentam características típicas de *Cortes Superiores* – e não de *Cortes Supremas* – por suas funções precípua de corrigir e uniformizar a interpretação da lei.

Assim, embora as decisões oriundas do STJ e do STF, há muito, sejam invocadas como reforço argumentativo (seja pelas partes, seja pelos próprios magistrados), não se revestem de caráter vinculante ou obrigatório – à exceção das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.³⁷² Não obstante, no Brasil não há uma cultura de respeito (e, menos ainda, de adstrição) às orientações interpretativas emanadas pelas cortes de vértice, ainda que constitucionalmente incumbidas de conferir uniformidade interpretativa à lei.

Cassation quanto no *Conseil d'État* franceses, como também no *Bundesgerichtshof* alemão, enquanto chegam a algumas centenas de juízes da *Cassazione* italiana. Naturalmente, para poder agir com tão elevado número de juízes os tribunais superiores dos países de 'Civil Law' subdividem-se em várias Seções (*Chambers, Senate*), cada uma das quais, em larga medida, decide de maneira independente das demais. Para completar essa falta de unitariedade e firmeza, surpreendentes aos olhos de todo *common lawyer*, usualmente pertencem a cada seção muito mais magistrados do que necessários para a decisão colegiada da causa, razão por que não raro, de caso para caso, a mesma seção é composta de juízes diversos. A consequência inevitável dessa desunida e diluída estrutura organizatória é o enfraquecimento da própria autoridade dos tribunais, dos magistrados singulares que os integram, e de suas decisões. Tal autoridade mostra-se incomparavelmente inferior à das cortes supremas dos países de 'Common Law', dos seus juízes individuais e das suas decisões [Grifos do autor]" (*Idem*).

³⁷² Conforme previsto no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2005, "as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

Por consectário, há amplo espaço à divergência jurisprudencial na medida em que os entendimentos exarados pelo STJ e pelo STF, acerca das questões de direito submetidas à sua apreciação, nem sempre são considerados pelos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário. Essa dispersão, indiscutivelmente, coloca em xeque a segurança jurídica que se espera como resultado da prestação jurisdicional – como se tratará na seção 2.3.

Por força da função constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), parcela da doutrina defende que suas decisões seriam dotadas de eficácia obrigatória, vinculando a atuação de todos os órgãos jurisdicionais inferiores.^{373_374} Os

³⁷³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 458 e 495; MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, p. 24; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 342; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, p. 455; WAMBIER ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 284. Em sentido contrário: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1963; BUZAID, Alfredo. *Uniformização da jurisprudência. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 211.

³⁷⁴ Também em sentido contrário: GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, Dialética, v. 1, p. 93-108, abr. 2003. p. 106. O autor chegou a criticar a previsão insculpida no artigo 557 do CPC/1973, que autorizava a inadmissão de recurso contrário à jurisprudência dominante. Em suas palavras, tal dispositivo “viola a garantia constitucional do contraditório, pois subordina o cidadão a uma decisão preestabelecida em processo no qual não teve ele oportunidade de ser ouvido. A invocação do sistema de precedentes da *common law* não merece acolhida, porque ali é diferente a função da jurisprudência dos tribunais superiores, que somente fixam

autores que assim sustentam recorrem justamente a essa correlação entre a configuração das cortes de vértice e o papel por elas exercido no ordenamento jurídico. Se no Brasil, em essência, há *Cortes Superiores*, pela lógica, pelo dever de coerência imanente ao sistema jurídico nacional, forçoso seria convolar sua atuação como *Cortes Supremas*.

Essa questão adjacente ao tema ora desenvolvido é bastante densa e exigiria estudo específico – o que foge ao escopo deste trabalho. De qualquer forma, consigna-se que, de fato, não há como se manter a concepção de que as decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal possam ser simplesmente desconsideradas pelos demais tribunais que integram o Poder Judiciário brasileiro. Por outro lado, não se pode olvidar que, a despeito dos vários filtros recursais estabelecidos, a atuação desses tribunais não se restringe tão somente ao enfrentamento de questões jurídicas relevantes, pois em várias oportunidades são instados a se manifestar em casos de menor relevância, que inviabilizam a dedicação desses magistrados a causas de maior complexidade.

Assim, no contexto atual, pode-se dizer que não faz mais sentido restringir a atuação dos tribunais superiores brasileiros ao controle de legalidade das decisões³⁷⁵ (na medida em que é indiscutível o seu papel que exercem no desenvolvimento do direito). Por outro lado, não há como atribuir caráter obrigatório a todas as decisões emanadas por essas cortes, inclusive porque pressuporia a concentração da atuação às questões complexas – não como atualmente se verifica, com os tribunais abastados de recursos para julgamento, que muitas vezes se prestam a rediscutir questões cujo entendimento já fora sedimentado pela própria corte. Voltar-se-á a este assunto na seção 3.8.

Feitas essas digressões quanto ao arcabouço teórico que sustenta a atuação dos tribunais superiores, passa-se a discorrer sobre o Supremo Tribunal Federal antes do advento da Constituição Federal de 1988.

um precedente quando consideram a questão suficientemente debatida e madura” (*Idem*).

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, p. 18-19.

2.1.2 O Supremo Tribunal Federal antes da Constituição Federal de 1988

Antecessor do Supremo Tribunal Federal, o Supremo Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1824³⁷⁶, na época do Brasil Império. A denominação de Supremo Tribunal Federal só adveio com a Constituição Provisória de 1891^{377_378}.

A partir da Proclamação da República, em 1889, adotou-se o regime federalista³⁷⁹ e, nesse contexto, incorporou-se ao direito brasileiro o controle difuso de constitucionalidade, por influência

³⁷⁶ A Constituição de 1824 (oficialmente denominada Constituição Política do Império do Brasil, que foi elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25.03.1824) previa, em seu artigo 163 que, na capital do Império, além da Relação, “haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho”. A competência do tribunal, por sua vez, estava expressa no artigo 164, *in verbis*: “a este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar; II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias; III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes” (BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016).

³⁷⁷ SILVA, Ivan de Hugo. *Comentários ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Parte cível. Rio de Janeiro: Aide, 1979. v. 1. p. 7.

³⁷⁸ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil previa, em seu artigo 55, que “o Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016).

³⁷⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 77.

do direito norte-americano.³⁸⁰ A esse respeito, Pedro Miranda de Oliveira comenta que, com a Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act*), o recurso de erro (*writ of error*) foi incorporado como forma de submeter à Suprema Corte norte-americana a apreciação de questões relativas à interpretação da lei federal. Então, pondera o autor, o recurso extraordinário, em essência, guarda relação com a manutenção do direito federal, em um contexto marcado pela estrutura federativa do Estado.³⁸¹

Situação semelhante se verificou no Brasil: a adoção do sistema federativo acarretou a necessidade de se conceber um recurso que proporcionasse a uniformidade interpretativa da lei,³⁸² a que se presta, em essência, o recurso extraordinário.³⁸³

³⁸⁰ Leciona Leonardo Greco que, “seguindo o modelo da Democracia norte-americana, que tanto influenciou os ideólogos da República, esta transformou a antiga revista-cassação no recurso extraordinário-revisão, ou seja, em recurso que, mantendo a função de recurso no interesse da lei, não se limitava a anular a decisão contrária à lei, mas desde logo a reformava, tal como o faziam a Corte Suprema dos Estados Unidos e o Tribunal *Reich* alemão. A descrição das hipóteses de admissibilidade foram copiadas quase que literalmente das disposições sobre o *writ of certiorari* do Código Judiciário norte-americano [Grifos do autor]” (A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, Dialética, v. 1, p. 93-108, abr. 2003. p. 96-97).

³⁸¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 93-94. Rememora o autor que “a criação do Estado norte-americano, de organização federativa [...] deveu-se a um movimento das colônias, que, abdicando de suas soberanias, paulatinamente as transferiram ao governo central, que ficou com a incumbência de legislar sobre certas matérias por meio de *lei federal*. Necessário era, assim, que a lei federal tivesse incontestável supremacia em toda a Federação, sob pena de desagregação [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 93).

³⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 162.

³⁸³ ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 19. Na dicção do autor, “a missão do recurso extraordinário consistiu em que, à luz principalmente da estrutura federativa do Brasil, sempre se reconheceu a necessidade de um órgão supremo, na estrutura do Poder Judiciário, o

Assim, com o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizou-se a Justiça Federal e criou-se o recurso que, mais tarde, viria a ser o recurso extraordinário³⁸⁴⁻³⁸⁵, o qual poderia ser interposto pelas partes tanto nos casos de violação a preceitos constitucionais quanto a preceitos de lei federal.³⁸⁶

Ada Pellegrini Grinover traz, com precisão, a notícia histórica, como se infere do excerto destacado a seguir:

O denominado recurso extraordinário, inspirado no *writ of error* do Direito norte-

qual fornecesse, o quanto possível, um único entendimento a respeito da inteligência da lei (= direito)” (*Idem*).

³⁸⁴ ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 14.

³⁸⁵ Na realidade, o adjetivo “extraordinário” foi atribuído ao recurso, então previsto no artigo 59, § 1º, da CF/1891, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal aprovado em 08/08/1891, em seus artigos 99 a 102. No entanto, foi “o art. 76, III, da CF/34 [que] promoveu a designação de “extraordinário” daquele recurso, originariamente utilizada no Regimento Interno do STF e no art. 24 da Lei 221, de 1894, à altura constitucional” (ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 288, p. 5-27, out/2001. p. 9).

³⁸⁶ O artigo 9º, parágrafo único, do Decreto n. 848, de 11/10/1890 previa as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, a saber: “haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contrária á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada; b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula” (BRASIL. *Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>.

Acesso em: 14 ago. 2016).

americano, foi introduzido no sistema brasileiro, ainda sem denominação, pelo Decreto n. 848, de 11.10.1890, que, organizando a Justiça Federal, criou, na primeira República, o STF. Mantido pela Constituição republicana do mesmo ano e, posteriormente, pelas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, o recurso extraordinário – cuja denominação foi empregada pelo primeiro regimento interno do STF, de 26.2.1891, passando a constar de todas as Constituições sucessivas, a partir de 1934 – permaneceu, durante quase um século, como o recurso de competência exclusiva da Corte Suprema, em sua função de manter a unidade do direito nacional e o respeito à Constituição e à lei federal.³⁸⁷

Então, nessa época, o Supremo Tribunal Federal reunia a competência para zelar tanto pela correteza da aplicação da lei federal constitucional quanto infraconstitucional. Em razão dessa ampla competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal – que compreendia tanto o resguardo da legislação federal constitucional quanto infraconstitucional –, aproximava-se da configuração da Suprema Corte norte-americana como “órgão do Poder Judiciário que, além da matéria constitucional, também decidia questões federais em sentido amplo. Cumulava, por assim dizer, as funções de intérprete da lei federal e de guardião da Constituição”.³⁸⁸

Afora a competência para julgar recursos extraordinários, ao Supremo Tribunal Federal incumbia, também, exercer “as funções de segunda instância da justiça federal e de terceira

³⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990. p. 5-6.

³⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 50. No mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. Campinas: Bookseller, 1997. p. 196.

instância ordinária da justiça estadual, em sede de *habeas corpus* e revisões criminais”.³⁸⁹ Essa configuração foi mantida sob a égide da Constituição Federal de 1891 (em sua versão original³⁹⁰ e após a Reforma Constitucional de 1926³⁹¹), da Constituição de 1934³⁹² (que conferiu ao recurso a alcunha de extraordinário)³⁹³ e

³⁸⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 68.

³⁹⁰ Prevê o artigo 59, da Constituição, que “ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016).

³⁹¹ Com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, o artigo 59 passou a prever que compete “ao Supremo Tribunal Federal: [...] II - julgar em grau de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes; III - rever os processos findos, em materia crime” (BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017).

³⁹² A previsão do recurso constava no artigo 76, *in verbis*: “a Corte Suprema compete: [...] 2) julgar: [...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou

da Constituição de 1937³⁹⁴. Essa sobrecarga, por força da ampla competência que lhe foi atribuída, deu azo à crise do Supremo Tribunal Federal na década de 1940 – que constituía, em verdade, a crise do recurso extraordinário.³⁹⁵

A primeira tentativa de solução foi engendrada pela Constituição de 1946, que criou o Tribunal Federal de Recursos,

entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal; [...] Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra d , o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016).

³⁹³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 95.

³⁹⁴ A Constituição de 1937 previa o recurso extraordinário em seu artigo 101: “ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa. Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra b , poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público” (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> . Acesso em: 21 jan. 2017).

³⁹⁵ ROSAS, Roberto. Pontos e contrapontos da reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, p. 79-83, out. 2005. p. 79. No mesmo sentido: ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário – força vinculante das decisões do Supremo. Declaração de constitucionalidade. Juizados especiais. Valorização dos recursos processuais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCl*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, p. 269-281, jan/mar. 1997. p. 270.

ao qual se atribuiu a função de órgão de segunda instância da Justiça Federal³⁹⁶ – desafogando o Supremo Tribunal Federal nesse ponto. Sucederam-se outras medidas com o propósito de superar a crise do STF, a exemplo da triagem dos recursos extraordinários pela instância local (com a Lei n. 3.396/1958), da súmula da jurisprudência dominante (aprovada pelo Plenário do STF em 13/12/1963), da incorporação do sistema de controle concentrado de constitucionalidade (a partir da Emenda Constitucional n. 16/1965) e da preempção de recursos interpostos há mais de dez anos por falta de interesse (com a Emenda ao Regimento Interno do STF de 29/06/1964).³⁹⁷

Nesse enleio, em meio à crise do recurso extraordinário, José Afonso da Silva propôs, em 1963, a criação de um Tribunal Superior de Justiça que fosse incumbido de zelar pela uniformidade do direito federal mediante “recurso especial, ou revista, não importa o nome”.³⁹⁸ Ato contínuo, em 1965, reuniu-se a “Comissão dos Notáveis”, com o propósito de discutir a crise por que passava o Supremo Tribunal Federal, bem como as alternativas para solucioná-la, a exemplo da criação de um tribunal incumbido de julgar recursos extraordinários que não

³⁹⁶ Eis o que previu a Constituição de 1946, em seu artigo 104: “compete ao Tribunal Federal de Recursos: I - processar e julgar originariamente: a) as ações rescisórias de seus acórdãos; b) os mandados de segurança, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu Presidente; II - julgar em grau de recurso: a) as causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência; ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a da Justiça Militar; b) as decisões de Juízes locais, denegatórias de habeas corpus, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada como coatora; III - rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos” (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017).

³⁹⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 68-72.

³⁹⁸ AFONSO DA SILVA, José. *Do recurso extraordinário no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 474-476.

versassem sobre matéria constitucional.³⁹⁹ Eis o que comenta Nelson Nery Junior:

[...] a primeira ideia de criação de um tribunal para exame de questões infraconstitucionais surgiu em 1965, em Simpósio na *Fundação Getúlio Vargas*, em mesa redonda a que foram presentes juristas como Seabra Fagundes, Alcindo Salazar, Miguel Reale, Levi Carneiro, Caio Tácito, José Frederico Marques, Caio Mário da Silva Pereira e outros, em que foi preconizada a instituição de um tribunal para o julgamento dos recursos extraordinários em matéria não constitucional.⁴⁰⁰

Essa ideia foi incorporada pela Constituição Federal de 1988, que atribuiu a competência relativa à legislação federal infraconstitucional à alçada do recém-criado Superior Tribunal de Justiça – relegando ao Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário⁴⁰¹, tão somente as questões de cunho constitucional.

³⁹⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 48, p. 5-19, mar. 1990. p. 16.

⁴⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de divergência e identidade entre as hipóteses confrontadas – cabimento de EDiv no juízo de admissibilidade recursal. *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 581-612, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a0000015a111256ebf24dce56&docguid=Iefbf15f0486211e4b44e0100000000&hitguid=Iefbf15f0486211e4b44e0100000000&spos=2&epos=2&td=66&context=36&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 5 fev. 2017. p. 12.

⁴⁰¹ Importante ter em mente que o Supremo Tribunal Federal também tem competência originária e recursal mediante recurso ordinário – conforme artigo 102, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988 (ROSAS, Roberto. Pontos e contrapontos da reforma do judiciário.

2.1.3 A Constituição Federal de 1988 e a criação do Superior Tribunal de Justiça

A Constituição Federal de 1988, como é cediço, representa verdadeira quebra de paradigma no cenário jurídico brasileiro. Consoante o propósito desta seção, impende focar nas alterações perpetradas na estrutura do Poder Judiciário, com a criação do Superior Tribunal de Justiça – então incumbido de zelar pela interpretação da lei federal infraconstitucional.⁴⁰²

2.1.3.1 Alterações funcionais e estruturais

Em primeiro lugar, a criação do Superior Tribunal de Justiça acarretou alterações *funcionais* e *estruturais* na estrutura judiciária brasileira. *Estruturais* porque, no ápice do Poder Judiciário, passaram a figurar dois órgãos de cúpula – o novo tribunal (Superior Tribunal de Justiça) e o Supremo Tribunal Federal⁴⁰³ – cada qual com suas funções específicas, que perpassam a salvaguarda da unidade do direito. *Funcionais* porque, com o advento desse novo tribunal, desincumbiu-se o Supremo Tribunal Federal do dever de zelar pela interpretação da lei federal infraconstitucional, que passou a competir ao Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰⁴

Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, p. 79-83, out. 2005. p. 79).

⁴⁰² Diz Arruda Alvim que ao Superior Tribunal de Justiça “coube matéria vital, qual seja, a de ser o guardião da inteireza do sistema jurídico *federal não-constitucional*, assegurando-lhe *validade* e bem assim, *uniformidade de entendimento* [Grifos do autor]” (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 31).

⁴⁰³ Narra Nelson Nery Junior que o intuito, no curso da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, era “dotar-se o País de um tribunal federal constitucional, a exemplo dos tribunais existentes na Itália e na Alemanha. O alvitre, entretanto, não foi aceito e se manteve a competência do STF para o julgamento das questões constitucionais em sentido amplo” (*Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, p. 49).

⁴⁰⁴ Como assenta Ada Pellegrini Grinover, “a Constituição de 1988 deu nova estrutura ao Poder Judiciário, criando, ao lado do STF, mais um

Por força dessas alterações, Ada Pellegrini Grinover aduz que ao STF reservou-se função eminente constitucional, enquanto órgão máximo de todo o Poder Judiciário, e ao STJ atribuiu-se a incumbência de zelar pela uniformidade interpretativa do direito federal. Também em decorrência dessa nova configuração, manteve-se a denominação de recurso extraordinário ao recurso de estrito direito dirigido ao Supremo Tribunal Federal (com a diferença de que o recurso ora se presta, tão somente, à impugnação de decisões que afrontem previsões constitucionais)⁴⁰⁵ e criou-se o recurso especial como meio apto à impugnação de decisões que violem previsões de leis federais.⁴⁰⁶

Importante destacar a crítica feita por Sálvio de Figueiredo Teixeira quanto à criação do Superior Tribunal de Justiça. Para o autor, “ao buscar corrigir os males da chamada ‘crise do recurso extraordinário’, o legislador constituinte acabou por criar um outro mal, tão grave quanto o existente, ensejando o surgimento de uma terceira instância”.⁴⁰⁷ Na realidade, não foi esse o ímpeto

Tribunal de superposição, que exerce jurisdição sobre as Justiças Federal e Estadual: o STJ” (O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990. p. 6).

⁴⁰⁵ O recurso extraordinário destina-se, exclusivamente, “a proporcionar a apreciação *incidenter tantum* de questões referentes à legitimidade constitucional de leis ou atos normativos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 3-12, abr. 1998. p. 6).

⁴⁰⁶ Nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, “compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁴⁰⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Revista do Instituto dos Advogados de São*

que culminou na criação do tribunal superior; no entanto, deve-se voltar as atenções à manutenção do Superior Tribunal de Justiça como órgão de cúpula, incumbido de zelar pelo direito federal – sem convolá-lo, como diz o autor, em uma “terceira instância”.

A propósito, ambos os recursos (especial e extraordinário) são de natureza extraordinária⁴⁰⁸ tendo em vista que servem à tutela do direito objetivo e não à correção da justiça do caso concreto – o que significa dizer que o STJ e o STF não constituem um terceiro grau de jurisdição. O recurso especial e o recurso extraordinário viabilizam que, mediante o impulso das partes (com a interposição dos ditos recursos), devolva-se aos órgãos de superposição o conhecimento de questões de direito que exigem o seu pronunciamento, a fim de elidir afrontas à legislação federal (de cunho infraconstitucional ou constitucional) e, eventualmente, suprimir posicionamentos dissonantes (em se tratando da hipótese de interposição de recurso especial por divergência jurisprudencial).

Em síntese, os recursos se voltam, precipuamente, à “tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses pessoais dos litigantes”⁴⁰⁹ – o que se coaduna com uma visão publicística do processo.

2.1.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o *status* de Corte Constitucional

Em segundo lugar, por consequência da criação do Superior Tribunal de Justiça, ao Supremo Tribunal Federal ficou reservada a competência para apreciar eventuais afrontas aos dispositivos constitucionais, enquanto guardião da

Paulo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 145-157, jul./dez. 1998. p. 147-148.

⁴⁰⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44-45.

⁴⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990. p. 6.

Constituição.⁴¹⁰ Daí se poderia concluir ter sido erigido ao *status* de Corte Constitucional, mas a questão não é tão simples.

Não se olvida que até o advento da Constituição Federal de 1988, “o Supremo Tribunal Federal estava bem longe de constituir-se em órgão de jurisdição especializada, no sentido de tratar apenas das questões de índole constitucional”.⁴¹¹ Todavia, há que se proceder com cautela ao afirmar que se convolou em Corte Constitucional, tendo em vista o denso substrato teórico que subjaz essa denominação.

De início, impende conceituar o que se compreende, no âmbito doutrinário, como corte ou tribunal constitucional. Na lição de Mauro Cappelletti, os tribunais constitucionais são:

[...] órgãos que, por sua mais compacta estrutura e organização, pela nomeação ‘política’ dos juízes, em sua maior parte não ‘de carreira’, e pelo âmbito mais concentrado da sua competência, assemelham-se muito mais que as tradicionais cortes supremas de ‘Civil Law’ às cortes supremas dos países de ‘Common Law’, especialmente dos que conhecem um sistema de controle judiciário das leis. Tal semelhança torna-se ainda mais evidente quando se pensa no efeito *erga omnes* – ia dizer, na eficácia de precedente vinculativo – das decisões dessas novas cortes constitucionais.⁴¹²

⁴¹⁰ Eduardo Lamy diz que “a função do STF tornou-se a de interpretar, ampla e exclusivamente, as questões constitucionais, exercendo um papel paradigmático na sua aplicação. O STF tornou-se o guardião da Constituição Federal e da integridade do direito nacional, pois a Constituição de 1988 reservou-lhe, nas causas civis comuns, a função de aplicar as normas e princípios constitucionais, concedendo ao STJ o papel de uniformizar a aplicação do direito federal” (A volta da arguição de relevância? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171).

⁴¹¹ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 127.

⁴¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 125-126.

Nelson Nery Junior, por sua vez, assenta que “para reconhecer-se *status* de corte constitucional ao STF, esse tribunal deveria ser formado por juízes indicados pelos três Poderes, na proporção de um terço, e com mandato por tempo determinado”.⁴¹³ Em outra senda, André Ramos Tavares identifica o tribunal constitucional como órgão incumbido de “impor a filosofia política da Constituição”.⁴¹⁴

Ainda, Pedro Miranda de Oliveira, ao se deparar com a questão, sustenta que a resposta depende do significado que se atribui à alcunha “Corte Constitucional”: a se entender que tal caráter é conferido pela competência para decidir sobre questões constitucionais, então todos os tribunais brasileiros são constitucionais ao exercerem o controle difuso de constitucionalidade; noutra senda, a se entender que a adjetivação só pode ser atribuída ao tribunal que exerça tão somente funções típicas de tribunais constitucionais, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal poderia ser visto como Corte Constitucional, porquanto absorva outras competências além da guarda da Constituição.⁴¹⁵

A grande questão, portanto, é que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, que pode ser exercido de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, ou de forma difusa, por todos os magistrados que compõem o Poder Judiciário. Assim, para que se pudesse alçar o Supremo Tribunal Federal à condição de Corte Constitucional, dever-se-ia, entre outros⁴¹⁶, concentrar neste tribunal o controle de constitucionalidade das leis, tolhendo dos demais órgãos do Poder Judiciário a prerrogativa de promover o controle difuso de constitucionalidade. Tal significaria, todavia,

⁴¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, p. 49.

⁴¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 61.

⁴¹⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 56.

⁴¹⁶ Diz-se “entre outros” porque o Supremo Tribunal Federal possui competências outras além de zelar pela unidade do direito constitucional (a exemplo das competências originárias, previstas no artigo 102, inciso I, e da competência para julgar recursos ordinários, prevista no artigo 102, inciso II), das quais também deveria se desfazer para se convolar em Corte Constitucional em sentido estrito.

uma alteração substancial no direito brasileiro, historicamente afeito ao sistema misto de controle de constitucionalidade.⁴¹⁷

Então, da restrição de competências perpetrada no STF pela Constituição Federal de 1988, não se pode inferir que foi erigido ao *status* de Corte Constitucional.⁴¹⁸ Mas, nem por isso, a função exercida por esse tribunal tem sua importância reduzida: em verdade, a atividade desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal é essencial à manutenção de uma ordem jurídica hígida e justa, enquanto incumbido de zelar pela efetividade das garantias e dos direitos previstos na Constituição Federal.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Diante disso, pontua Carlos Mário da Silva Velloso que “o Supremo Tribunal Federal deve ser uma Corte Constitucional no seu verdadeiro sentido. Mas não podemos abrir mão do controle difuso de constitucionalidade. Esse controle difuso findaria nos Tribunais Superiores, com possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal apenas em duas hipóteses: 1º) no caso de o Tribunal Superior declarar a inconstitucionalidade de uma lei; 2º) no caso de o Tribunal Superior decidir de forma contrária ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado. Ao Supremo Tribunal Federal competiria, fundamentalmente, o controle concentrado, não se lhe atribuindo qualquer competência de direito infraconstitucional. Ao Supremo Tribunal Federal competiria, basicamente, processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade, as ações declaratórias de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental. E, no que toca ao controle difuso, julgaria os recursos extraordinários nas duas hipóteses indicadas” (Poder judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 11-26, mar./abr. 2005. p. 26).

⁴¹⁸ No mesmo sentido, aduz André Ramos Tavares que “no Brasil não há um Tribunal Constitucional a não ser no sentido de um corpo especializado no controle da constitucionalidade. É que o Supremo Tribunal Federal não detém qualquer exclusividade ou monopólio no controle da constitucionalidade, dada a co-existência do controle concentrado e do difuso no ordenamento jurídico pátrio. Também só parcialmente pode ser considerado especializado, já que não decide unicamente questões referentes ao controle da constitucionalidade, mas um amálgama heterogêneo de questões” (*Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 129).

⁴¹⁹ Como pontua José Celso de Mello Filho, “torna-se de vital importância reconhecer que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a

2.1.4 Função precípua do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: univocidade interpretativa da legislação federal e constitucional

Por força de expressa previsão constitucional, aos órgãos de cúpula foi reservada a competência de zelar pela uniformidade do direito.⁴²⁰ Compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, entre outros, os casos em que a decisão recorrida configure afronta ou negativa de vigência à Constituição ou à lei federal, respectivamente.⁴²¹

O Poder Judiciário brasileiro, com sua estrutura piramidal, atribuiu aos tribunais superiores a função precípua de zelar pela uniformização jurisprudencial, perpetrando a denominada segurança de orientação.⁴²² A partir de seus pronunciamentos, pretende-se propagar a segurança jurídica em seus diferentes

integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas” (O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: espaço de construção de uma jurisprudência de liberdades. *A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF / Secretaria de Documentação, 2013. p. 18).

⁴²⁰ Concorde-se com Helena Najjar Abdo quando aduz ser “bem verdade que a aspiração de dar uniformidade à jurisprudência é muito mais afeita a ordenamentos jurídico-processuais que adotaram o modelo anglo-americano ou da *common law*. Esses sistemas são marcados pela força vinculante do precedente, caracterizada pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*, segundo o qual os juízes devem firmar-se no que foi decidido e não permitir que se instaure, com a instabilidade da jurisprudência, a intranquilidade social. Isso não quer dizer que os demais sistemas que não adotaram a regra do precedente, tal como o brasileiro, possam ignorar os perigos decorrentes da discrepância de entendimentos jurisprudenciais [Grifos da autora]” (Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 230).

⁴²¹ Conforme previsto nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

⁴²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257.

feixes, viabilizando que os jurisdicionados conheçam o entendimento sustentado pelas cortes e, assim, possam pautar suas condutas, fazer seus planejamentos, sem prejuízo à confiança legítima.^{423,424}

Da mesma forma, essa previsibilidade que se espera do Poder Judiciário é essencial para a própria organização social, com o desenvolvimento de políticas públicas, em consonância com a interpretação jurídica emanada dos tribunais superiores.⁴²⁵ Mais do que eliminar posicionamentos dissonantes, o enfrentamento das questões jurídicas pelas cortes de vértice irradia efeitos por toda a ordem jurídica e é essencial à manutenção da coerência interna do próprio ordenamento.⁴²⁶

Essas competências constitucionalmente atribuídas justificam, por exemplo, os filtros de acesso aos tribunais superiores, com a criação de requisitos especiais, ao longo do tempo, aos recursos que lhes são endereçados.⁴²⁷ Justificam,

⁴²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

⁴²⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 677-678.

⁴²⁵ Na dicção de Alfredo Buzaid, “a uniformização da jurisprudência impõe-se, portanto, como uma necessidade social, a fim de assegurar a estabilidade da ordem jurídica. O direito perde em força e autoridade se as suas disposições não obrigarem de modo regular e permanente” (Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 212).

⁴²⁶ Com razão, Daniel Mitidiero destaca a importância de os magistrados se verem como partes de um sistema maior, a fim de que se cultive e se mantenha a unidade do direito. Aduz o autor que “como os enunciados legislativos são equívocos, a unidade do Direito só pode ser alcançada se o juiz entender-se como *parte de um todo*, em que o respeito à igualdade e à promoção da segurança jurídica dependam da atuação conjunta e coordenada – isto é, *orquestrada* – de todo o Poder Judiciário. Vale dizer: depende da *consciência da unidade institucional do Poder Judiciário*, cuja *liderança* toca à Corte Suprema [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 76).

⁴²⁷ A exemplo da *arguição de relevância*, posteriormente substituída pela *repercussão geral* no âmbito do Supremo Tribunal Federal (prevista no artigo 102, § 3º, da CF/1988); e da *relevância da questão*

também, as exigências e os critérios a serem considerados na escolha dos magistrados que atuarão nesses tribunais – critérios esses que perpassam a reputação ilibada e o notável saber jurídico, que são conceitos marcados por amplo espectro subjetivo e que dão margem a impulsos de cunho político e não estritamente jurídico.⁴²⁸

federal, que se pretende incorporar ao artigo 105, da CF/1988, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos mesmos moldes da repercussão geral – o que constitui objeto da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 209/2012, de autoria da ex-deputada e atual senadora Rose de Feitas e do ex-deputado Luiz Pitiman, aprovada em primeiro turno pela Câmara de Deputados em 30/11/2016 (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 209, de 23 de agosto de 2012*. Inserir o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e renumera o parágrafo único. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>>. Acesso em: 21 jan. 2017). A ideia de criação de filtro recursal para restringir os recursos que ascendem ao Superior Tribunal de Justiça encontra guarida na doutrina processual civil. Sobre o assunto, escreveu Nelson Nery Junior que “em breve futuro o STJ terá de encontrar solução que, se não conseguir substituir o instituto da arguição de relevância, pelo menos restrinja o cabimento do recurso especial aos casos de maior importância, de forma semelhante ao que ocorre com a repercussão geral do recurso extraordinário. Do ponto de vista dogmático, isto somente seria possível por força de alteração da Constituição Federal, prevendo-se mecanismo semelhante à figura jurídica analisada” (*Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114).

⁴²⁸ Prevê o artigo 101 da CF/1988 que “o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. No mesmo sentido, a dicação do artigo 104, parágrafo único: “os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível

Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “quando o recurso abre oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir da sua real missão”.⁴²⁹ Em outros termos, devolve-se ao tribunal a questão jurídica subjacente ao recurso, com o intuito de provocar seu pronunciamento nesse mister – o que não coincide, de maneira alguma, com a revisão da justiça da decisão (e relativiza, inclusive, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*).⁴³⁰ O caráter publicístico do processo se sobrepõe à vontade das partes⁴³¹, de forma que, uma vez instados a se pronunciar, os tribunais superiores devem proceder em sentido geral, muito além do caso concreto posto à sua apreciação.

Então, no mesmo passo em que se reconhecem as deficiências do Poder Judiciário, com seus tribunais atabalhoados pelo acúmulo de processos, privilegiam-se as decisões emanadas pelos órgãos de cúpula como paradigmas a serem seguidos em casos semelhantes.⁴³² Busca-se a mesma solução a partir de premissas fático-jurídicas que se afigurem símileis.

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, p. 20.

⁴³⁰ Como se tratará, oportunamente, na seção 3.6.11 deste trabalho.

⁴³¹ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 44. Concorda-se com o autor quando consigna que “o ideal é que o juiz, sabendo que representa parte de um todo (interesse do Estado na certeza jurídica), coloque em primeiro plano a isonomia (CF, art. 5º, *caput*). Com humildade, reconheça que, em uma estrutura hierarquizada, apesar da sua posição contrária, a decisão interpretativa final não lhe cabe. O caráter publicístico do processo leva a essa conclusão, contrária à visão do fenômeno pelo enfoque das partes ou da liberdade do juiz” (*Idem*).

⁴³² Diz Ivan de Hugo Silva que “uma das funções mais ativas do Supremo tem sido no sentido de uniformizar a jurisprudência de seus julgados, oferecendo aos litigantes uma forma equânime de decisão, assim como, fornecendo elementos de orientação nos litígios e base de decisão para outros Tribunais. Com o crescimento da população nacional e o avolumamento das demandas, como uma consequência natural, a jurisprudência passa a desempenhar papel preponderante, não só para os advogados, como para os juízes que, em suas tarefas diárias, poderão contar com o suplemento de experiência de julgados anteriores,

A propósito, as decisões dos tribunais superiores são recorrentemente invocadas como argumentos de autoridade, tendo em vista a posição que ocupam na estrutura judiciária brasileira. Então, ainda que não se reconheça formalmente força obrigatória ou vinculante às decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, recorrem-se aos entendimentos sustentados por estes tribunais para respaldar a pretensão deduzida em juízo.⁴³³

Essa postura denota não só convivência, como amplo reconhecimento do movimento de valorização da jurisprudência que, há tempo, vem-se delineando no Brasil – o que constitui, segundo Fredie Didier Jr., um modelo híbrido.⁴³⁴ Não se olvida

consubstanciados na jurisprudência, mais valorizada ainda quando prolanada do Supremo” (*Comentários ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal*, p. 9).

⁴³³ Consigna Alfredo Buzaid que, “ao sentenciar, há de nortear-se o Juiz pela sua ciência e consciência. Os precedentes judiciais (exemplos), por mais respeitáveis que sejam, não obrigam os Juízes, que continuam independentes, livre de qualquer subordinação superior no exercício da função jurisdicional. A necessidade de respeitar-lhes a independência exclui qualquer subordinação aos arestos dos altos tribunais. Eles poderão constituir um valioso subsídio para ajudar a exegese, mas carecem de força vinculativa; os Juízes podem aceitá-los, se se convencem da virtude da solução que adotam. Mas esse é um ato de legítima liberdade, não tendo outro limite que o espírito de justiça” (Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 211).

⁴³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 58. Diz o autor que no Brasil vige um terceiro sistema, que não se subsume nem ao *common law* nem ao *civil law*, mas que traz em seu bojo suas próprias particularidades. Assim, afirma que “o sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do *devido processo legal*) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e *concentrado* (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo

que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça figurem no ápice do Poder Judiciário brasileiro, assim como não se ignoram as funções que lhes foram constitucionalmente atribuídas. Porém, às suas decisões não se reconhece eficácia vinculante e obrigatória, a incidir e limitar a atuação⁴³⁵ de todos os demais órgãos que compõem o Poder Judiciário.

De fato, “nem toda decisão proferida pela Suprema Corte deve ter valor de precedente diante das cortes inferiores”⁴³⁶. Mas essas decisões devem ser, em alguma medida, observadas, senão em razão da própria cultura (como é o caso dos países afeitos à *common law*), ao menos para manter a coerência e a unidade do ordenamento jurídico, propagando, por consectário, segurança jurídica no exercício da função jurisdicional.⁴³⁷⁻⁴³⁸

tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas, etc. [...]), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo de direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law* [Grifos do autor]” (*Idem*).

⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*, p. 160. Sustenta o autor que depois de fixada interpretação da lei pelo tribunal superior, aos tribunais que lhes são hierarquicamente inferiores seria tolhida a possibilidade de interpretá-la; em razão disso, não seria adequado falar-se que a obrigatoriedade do “precedente” influiria na interpretação dos demais magistrados, se sequer poder-se-ia falar em interpretação. Nas palavras do autor, “a obrigatoriedade dos precedentes não tem qualquer possibilidade de interferir sobre a liberdade de interpretação, simplesmente porque os juízes não tem mais lugar para interpretar depois de a Suprema Corte ter cumprido a sua função” (*Idem*).

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, p. 68.

⁴³⁷ Como assenta Rodolfo de Camargo Mancuso, “a jurisprudência pacificada nos Tribunais Superiores, mesmo que não se apresente, formalmente, como *vinculante* ou *obrigatória*, na prática opera com uma boa dose de *normatividade*, seja pelo fato de emanar dos órgãos de cúpula, cujas decisões não são mais contrastáveis, seja pelo virtual insucesso das decisões e postulações porventura veiculadas em sentido contrário às teses sumuladas [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 124).

Parece haver consenso quanto à necessidade de viabilizar o exercício da função precípua dos tribunais superiores brasileiros. Todavia, as dificuldades práticas em torno do assunto são inúmeras e desafiaram reiteradas reformas legislativas na história recente do direito brasileiro, a exemplo das várias leis que alteraram o sistema recursal⁴³⁹ e da Emenda Constitucional n. 45/2004 (conhecida como a Reforma do Judiciário).

2.2 CRISE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A malfadada crise dos tribunais superiores é, em verdade, reflexo da crise do Poder Judiciário, que há muito se verifica no cenário nacional.⁴⁴⁰ A ampliação do acesso à justiça, a massificação das demandas e o desenvolvimento do Estado e das relações sociais aumentaram não só a complexidade, mas principalmente a quantidade de causas levadas a juízo.^{441,442}

⁴³⁸ Voltar-se-á a essa ideia na seção 3.8 deste trabalho, ao se tratar especificamente da eficácia dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência.

⁴³⁹ Leis n. 8.038/1990, 8.950/1994, 9.139/1995, 9.752/1998, 10.352/2001, 11.418/2006, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.672/2008, 12.322/2010.

⁴⁴⁰ A esse respeito, Leonardo Greco pontua que “os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, proferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não têm mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de discutí-las colegiadamente. Julgam processos, presumidamente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir os advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e votos dos seus próprios membros. O próprio Supremo Tribunal Federal naufraga nessa avalanche” (A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, Dialética, v. 1, p. 93-108, abr. 2003. p. 99).

⁴⁴¹ Causas essas que dificilmente se encerram no primeiro grau de jurisdição e que se protraem no tempo, acumulando-se nos tribunais à espera de julgamento.

⁴⁴² Aduz Luiz Manoel Gomes Junior que “se a demanda pela tutela jurisdicional restou ampliada, é óbvio que isto se reflete nos Tribunais respectivos, especialmente no Supremo Tribunal Federal, sendo certo que o volume incontrolável de processos torna impossível o oferecimento de uma justiça célere e efetiva” (A repercussão geral da

Embora o assunto não saia de pauta e figure como inspiração a múltiplas alterações legislativas, cabe analisá-lo especificamente pelos seguintes vieses: primeiro, na perspectiva da sobrecarga (como já brevemente introduzido); segundo, à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004; terceiro, como ameaça à função exercida pelos órgãos de cúpula brasileiros.

2.2.1 Os recursos excepcionais e a sobrecarga dos tribunais superiores

O excesso de processos assume protagonismo em meio ao contexto de crise: reverbera efeitos extremamente perniciosos à administração da justiça e põe em xeque a qualidade da prestação jurisdicional.⁴⁴³ Não obstante alçados ao vértice do Poder Judiciário, os tribunais superiores não ficam imunes a essa sobrecarga; pelo contrário, muitos são os processos que ascendem a essas cortes, o que implica aumento do volume de trabalho e dificulta, sobremaneira, o desempenho da função que lhes é precípua.

Mas isso, como já dito, não é nenhuma novidade: a crise do Supremo Tribunal Federal remonta à década de 1940, quando surgiram os primeiros mecanismos com vistas à sua superação – dentre os quais, a ideia de criar o Superior Tribunal de Justiça, como desenvolvido na seção 2.1.2.

Ovídio Baptista A. da Silva, ao versar sobre a crise do Supremo Tribunal Federal, atrelou-a a duas causas principais: primeiro, à própria estrutura federativa delineada no Brasil; segundo, à abrangência do recurso extraordinário (que, antes da CF/1988, podia ser interposto tanto em casos de violação a dispositivos constitucionais quanto em casos de violação a dispositivos de lei federal). Na concepção do autor:

Duas causas básicas concorrem para o estado de crise em que vive nossa Suprema Corte, com relação ao número

questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 47-63, mar/abr. 2005. p. 48).

⁴⁴³ Mais ainda quando se cobra a produtividade dos tribunais, avaliada em números, como é o caso do contexto que sucedeu a criação do Conselho Nacional de Justiça.

excessivo de ‘recursos extraordinários’ que sobem anualmente à sua consideração. A primeira diz respeito ao fato de se ter transplantado para o nosso sistema processual um remédio existente no direito norte-americano, onde – pela própria organização federativa que reserva aos Estados membros competência legislativa ampla para instituir grande parte do direito material e processual a vigorar em seus respectivos territórios – nos conflitos relativos ao ‘direito federal’ nem de longe podem ser comparados com o direito brasileiro, cujo centralismo tanto na área administrativa da União, com o constante alargamento do campo de intervenção do Estado no domínio econômico, quanto no campo legislativo, torna praticamente possível às partes suscitar uma ‘questão federal’ em quase todas as causas submetidas aos tribunais ordinários, porque em todas elas, na verdade, se busca aplicação de algum preceito de direito federal. A segunda causa dessa crise deve-se ao fato de se ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal – ao contrário da Suprema Corte norte-americana que conserva sua função originária de guardiã da Constituição Federal, com função exclusiva de julgar as causas onde se alegue violação de algum princípio constitucional –, através de sucessivas modificações ampliadoras da concepção originária de recurso extraordinário, competência para julgar os conflitos sobre aplicação de leis federais, bem como para dirimir as divergências jurisprudenciais a respeito da interpretação da mesma lei federal por parte de tribunais diferentes [Grifos do autor].⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 389.

Razão assiste ao autor quando relaciona a crise à própria estrutura federativa do país. Não se pode perder de vista que no Brasil há um sistema federativo deficitário, que não confere autonomia aos estados da federação como preconiza o modelo. A consequência disso é que tudo tem reflexos no âmbito federal⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶, de forma que se torna quase sempre viável às partes invocar algum dispositivo que teria sido, supostamente, violado pela decisão recorrida e assim fundamentar um recurso endereçado aos tribunais superiores. Em síntese, “o que era para ser *extraordinário* – manifestação da Suprema Corte – tornou-se *ordinaríssimo*. Todos recorrem para o Supremo Tribunal Federal que passou a ser um ‘terceiro ou quarto grau de jurisdição’ [Grifos do autor]”⁴⁴⁷.

Essa situação, invariavelmente, acarreta um congestionamento dos órgãos de cúpula que, embora em essência sejam voltados à solução de questões jurídicas complexas, têm suas vias atabalhoadas com a análise de recursos que constituem “mais do mesmo”⁴⁴⁸ – que constituem, em outros termos,

⁴⁴⁵ A esse respeito, comenta Cândido Rangel Dinamarco que “no Brasil, em que a Constituição outorga exclusivamente ao poder central a competência para legislar sobre o processo, inexistem Cortes Supremas regionais, os tribunais dos Estados julgam sobre matéria de fato e de direito federal ou regional, mas as questões federais recebem seu último julgamento do Supremo Tribunal Federal (questões federais constitucionais) ou do Superior Tribunal de Justiça (questões federais infraconstitucionais)” (A função das cortes supremas na América Latina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 3-12, abr. 1998. p. 5).

⁴⁴⁶ No mesmo sentido, Araken de Assis consigna que “a competência assumida pela União de legislar sobre direito processual, por força do art. 5º, XIX, *a*, da CF/34, diferentemente do previsto na CF/1891, só aumentou a amplitude do antigo recurso extraordinário, transformando toda questão processual em questão federal, passível de controle por esta via. Daí derivou a crise do STF, repassada ao STJ, após a CF/88, já superlativamente aumentada e, por poderosas razões, ainda sem perspectivas de solução” (Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 288, p. 5-27, out. 2001. p. 8).

⁴⁴⁷ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 47-63, mar/abr. 2005. p. 48.

⁴⁴⁸ Interessante destacar a posição de Ellen Gracie Northfleet a esse respeito: “alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das

reiteraões e insistências das partes quanto a matérias, por exemplo, já superadas ou já enfrentadas pelo tribunal em julgamentos anteriores.⁴⁴⁹

O acúmulo de processos nos tribunais superiores, na verdade, não pode ser resolvido com meras reformas processuais – como se tentou, ao longo dos anos. Conforme bem pontua José Ignácio Botelho de Mesquita, “o processo não é instrumento útil para debelar a crise do Poder Judiciário. E menos ainda o são as restrições que se vêm impondo, cada vez em maior número, ao devido processo legal”.⁴⁵⁰ Ainda assim, continua-se insistindo⁴⁵¹ e, especificamente no que concerne aos tribunais superiores, a Emenda Constitucional n. 45/2004 talvez seja a mais notável tentativa, como se passa a discorrer na próxima seção.

questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras” (Ainda sobre o efeito vinculante. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, p. 12-13, jul./set. 1996. p. 12).

⁴⁴⁹ A se entender pelo caráter vinculante ou obrigatório de todas as decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, esse impasse já estaria superado; mas se há tamanhas controvérsias em torno da eficácia de suas decisões, e se na prática não é essa completa subserviência que se verifica, continua-se a dificultar aos tribunais o cumprimento da função que lhes é precípua.

⁴⁵⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A crise do judiciário e o processo. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 261.

⁴⁵¹ O exemplo mais recente disso é a edição do Código de Processo Civil de 2015, que constitui mais uma tentativa de dar ênfase às decisões dos tribunais superiores e de refinar as técnicas de aceleração de julgamento (a exemplo do microsistema de causas repetitivas – composto pelos recursos repetitivos e pelo incidente de resolução de demandas repetitivas).

2.2.2 A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a “Reforma do Judiciário”

A Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu o que se convencionou denominar de “Reforma do Judiciário”.⁴⁵² Com uma série de alterações em dispositivos constitucionais⁴⁵³ e inspirada no afã de conferir maior celeridade aos processos, a Emenda constitui um marco importante sob o ponto de vista processual, em especial no que concerne à atuação dos tribunais superiores.

Desde já, oportuno destacar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi sobremaneira criticada no âmbito doutrinário, seja pelos termos em que foi redigida, seja pelo seu conteúdo propriamente dito.

José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, foi bastante enfático ao destacar a falta de precisão terminológica na redação da citada Emenda Constitucional, chegando a dizer que foi escrita em “linguagem censurável do ponto de vista gramatical”.⁴⁵⁴ Roberto Rosas não escondeu sua postura cética ao expressar que

⁴⁵² Já na exposição de motivos da Emenda Constitucional n. 45/2004, expunha-se o objetivo de promover uma nova organização do Poder Judiciário brasileiro: “as proposições sugeridas servem, portanto, quando mais não seja, como tema de um debate fecundo sobre uma nova organização da justiça no Brasil” (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 2004* – Exposição de motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstituicion-al-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaoodemotivos-149264-pl.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016).

⁴⁵³ A Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou os dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescentou os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016).

⁴⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 102, n. 383, p. 181-191, jan/fev. 2006. p. 184.

nada melhoraria porque “a reforma é de organograma, e não de fundo, de estrutura”.⁴⁵⁵

Adroaldo Furtado Fabrício também teceu severas críticas à Reforma, a começar pelo fato de ter centrado suas atenções nos tribunais superiores e não nos juízos de primeiro grau, onde, a seu ver, situam-se os verdadeiros problemas da jurisdição. Em razão disso, o autor atribuiu à EC n. 45/2004 a alcunha de “Reforma dos Tribunais Superiores”⁴⁵⁶ e sustentou que nem mesmo a

⁴⁵⁵ ROSAS, Roberto. Pontos e contrapontos da reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, p. 79-83, out. 2005. p. 79. Impende reproduzir a crítica feita pelo autor à EC n. 45/2004, com base nas várias tentativas de superação da crise engendradas até então. Aduz que “em 1947 já se falava em crise do Supremo Tribunal Federal, angústia na demora das decisões. Criou-se o Tribunal Federal de Recursos. Em 1957 discutiu-se o recurso extraordinário para o STF, e grande solução – o acesso não mais era livre, e sim criado o juízo de admissibilidade pelo presidente do tribunal, o despacho presidência de admissão ou não do recurso, reduziu-se o RE aumentou o agravo para o STF. Em 1967 veio a Constituição, e trouxe novidades para o STF, como a possibilidade de restrições recursais, via regimento interno, e a expressão ‘negar vigência’, como forma restritiva de admissão do recurso extraordinário. Em 1977 houve o chamado ‘pacote de abril’ com a instituição da arguição de relevância, isto é, as restrições regimentais de acesso ao STF, seriam abrandadas com o entendimento da Corte, de ser relevante a questão federal. Ocorreu essa solução até 1987, com o projeto constitucional, criador do Superior Tribunal de Justiça e tribunais regionais federais, e agora, dez anos após, a presente reforma. Vai melhorar? Não! Ficarà tudo como antes, porque a reforma é de organograma, e não de fundo, de estrutura [Grifos do autor]” (*Idem*).

⁴⁵⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Os equívocos da reforma do Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 3-9, mar/abr. 2005. p. 5. Diz o autor que “nada exarou a reforma constitucional no sentido de fortalecer e prestigiar a jurisdição ordinária, em especial a de primeiro grau, que atua em direto contato com o cidadão, conhece-lhe como ninguém as necessidades e aspirações, mercê da diuturna convivência, e representa, para o homem comum, a única verdadeira referência de avaliação. O *juiz da terra*, intimamente ligado à comunidade onde distribui justiça, mais sensível que qualquer outro às mutações sociais e às exigências dos novos tempos, receptivo ao ínsito sendo de Justiça do homem da rua, deveria ser o primeiro alvo da atenção de quem quer que se debruce sobre os problemas e questões ligados à qualidade da prestação jurisdicional. Foi, entretanto, quem

função dessas cortes de vértice justificaria a ênfase que lhes foi conferida na dita Reforma:

É enganosa qualquer tentativa de explicar isso pela intrínseca importância que assumiriam os recursos extraordinários, na medida em que – como se costuma ensinar em todas as Faculdades de Direito – estes servem ao interesse público da pureza e uniformidade de aplicação do Direito Federal, não ao interesse privado das partes. Mas essa assertiva afronta a lógica mais elementar, na medida em que, como se sabe, às partes e só a elas pertence a escolha de utilizar-se ou não do recurso. A suposta tutela de um interesse público está confiada ao alvedrio dos litigantes! Mais: como é notório, os Tribunais erigidos como guardiões da pureza e uniformidade de aplicação do Direito dedicam o maior de seus esforços a descobrir modos e meios de não conhecer dos recursos que lhes são endereçados.⁴⁵⁷

A crítica se afigura precipitada quanto ao fato de se condicionar a apreciação da questão de direito à iniciativa das partes. De fato, é a interposição do recurso (especial ou extraordinário) que insta o tribunal a analisar e se pronunciar sobre a matéria, explicitando a interpretação que se lhe afigura mais adequada. Mas essa constatação não inviabiliza nem prejudica o desempenho da função precípua dos tribunais superiores; pelo contrário: malgrado o recurso seja interposto

menor cuidado e preocupação inspirou no legislador da reforma – salvo quando cuidou de reprimir ocasionais desvio de conduta e combater os males do corporativismo [Grifos do autor]” (*Idem*). Na visão do autor, a reforma do judiciário “nunca deixou de ser, na verdade, uma ‘reforma dos Tribunais Superiores’ porque a miopia da visão centralista nunca permitiu a percepção de que os verdadeiros problemas da jurisdição situam-se na atividade judicante de primeiro grau [Grifo do autor]” (*Idem*).

⁴⁵⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Os equívocos da reforma do Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 3-9, mar/abr. 2005. p. 5.

com fulcro no interesse particular da parte⁴⁵⁸, sua análise objetiva resguardar o interesse público subjacente – isto é, a correteza da aplicação da lei.

Agora, razão assiste ao autor quando se refere aos subterfúgios empregados pelos magistrados para se furtarem ao julgamento dos recursos. Entre rigorismos formais e cobranças de produtividade, desenvolveu-se a “jurisprudência defensiva” – ou “ofensiva”, como denomina Pedro Miranda de Oliveira⁴⁵⁹ – como forma de driblar o excesso de casos submetidos à apreciação dos tribunais superiores.

Ocorre que a solução para o excesso de demandas não perpassa essas evasões comumente engendradas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Embora a contenção de litígios que ascendem aos órgãos de superposição seja uma tarefa árdua – que há muito desafia a doutrina e os operadores do direito, estando na base de sucessivas investidas legislativas –, por certo, valer-se de questões acessórias, não concernentes ao mérito, constitui verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

Malgrado as divergências instauradas em razão do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, é inegável que perpetrou mudanças significativas na estrutura judiciária brasileira. Especificamente sob o ponto de vista processual, a Reforma se

⁴⁵⁸ Evita-se falar em “parte sucumbente” tendo em vista que “a utilidade [um dos feixes em que se decompõe o interesse recursal] ultrapassa os limites naturais que lhes impõe a sucumbência formal. Ela se configura em qualquer caso de melhoria por força da interposição do recurso próprio” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 203).

⁴⁵⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 3. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016. p. 67. Explica o autor que, “aquilo que se convencionou chamar de ‘jurisprudência defensiva’, [...] é, na verdade, *jurisprudência ofensiva*: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensivo ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania. A *jurisprudência ofensiva* escancara uma lógica perversa: a primazia do *checklist* sobre a matéria de fundo, ou seja, a prevalência da forma em detrimento do mérito [Grifos do autor]” (*Idem*).

caracteriza, sobretudo, pela alteração de hipótese de cabimento de recurso especial (artigo 105, inciso III, alínea “b”); pela criação do requisito da repercussão geral – em substituição à antiga arguição de relevância (artigo 102, § 3º); pelo advento da súmula vinculante no direito brasileiro (artigo 103-A); e pela criação do Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B). Eis as mudanças sobre as quais se passa a discorrer, considerando o propósito que subjaz o presente trabalho.

De início, destaca-se que a Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou a hipótese de cabimento do recurso especial originalmente consubstanciada no artigo 105, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal – qual seja, os casos em que a decisão recorrida julgasse “válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.⁴⁶⁰ Assim, a competência para julgar recurso especial interposto contra decisão que repute válida lei local contestada em face de lei federal foi subtraída do Superior Tribunal de Justiça e atribuída ao Supremo Tribunal Federal – tendo em vista se tratar de questão eminentemente constitucional.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicação original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 102, n. 383, p. 181-191, jan./fev. 2006. p. 184. Explicita o autor que a EC n. 45/2004 cindiu a hipótese de cabimento prevista, na redação original, no artigo 105, inciso III, alínea ‘b’: “transferiu para o âmbito do recurso extraordinário a hipótese de julgamento de validade de *lei* local contestada em face de lei federal (art. 102, nº III, *d*), deixando remanescer na área do recurso especial a de julgamento de validade de *ato* de governo local contestado em face de lei federal (art. 105, nº III, *b*). Pode entender-se a inovação como medida consentânea com o papel do Supremo Tribunal Federal: com efeito, ao menos em regra, eventuais conflitos entre leis locais e leis federais resolvem-se em questões de invasão de competência legislativa da União por Estados ou Municípios. Ora, essas são questões de ordem *constitucional*, e por isso é natural que se haja considerado mais próprio atribuir competência para o julgamento do recurso ao Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, ‘precipualemente, a guarda da Constituição’ (art. 102, *caput*) [Grifos do autor]”. (*Idem*).

Com o mesmo intuito de privilegiar a função precípua do Supremo Tribunal Federal, criou-se a repercussão geral. O requisito, em tese, veio a substituir a antiga arguição de relevância da questão federal – que, em um primeiro momento, foi vista com maus olhos, porquanto sua análise fosse realizada em sessões secretas do Supremo Tribunal Federal⁴⁶², às quais os jurisdicionados não tinham acesso.⁴⁶³

Essa conjuntura não surpreende considerando que a arguição de relevância foi inaugurada em um período ditatorial – quando as bases democráticas se encontravam sobremaneira abaladas. O requisito foi criado pela Emenda Regimental n.

⁴⁶² Explicam José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier que “a justificativa para que a decisão acerca da arguição de relevância fosse proferida em sessão secreta e não fosse fundamentada era a de que não se tratava de ato jurisdicional, mas de ato de natureza legislativa, já que com isso os Ministros, que estabeleciam as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário no regimento interno do STF, estariam pura e simplesmente ‘acrescentando’ como que ‘mais um inciso’ ao art. 325, em cujo caput se previam os casos em que cabia o recurso extraordinário. Entre os incisos havia o de n. XI em que se dizia que o recurso extraordinário seria cabível ‘em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal’. A explicação não convencia e as críticas ao instituto eram ferozes. Tal era a indisposição que esta sessão secreta causava, que a comunidade jurídica, operadores e estudiosos do direito, em vez de enxergarem na arguição de relevância uma *saída*, nela viam uma *restrição* [Grifos dos autores]” (Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 377).

⁴⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A redação da Emenda Constitucional n. 45: reforma da justiça. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 101, n. 378, p. 39-46, mar./abr. 2005. p. 43-44. Comenta o autor que “houve tempo em que o recorrente, para assegurar o conhecimento de seu recurso, precisava, em certos casos, arguir a ‘relevância da questão federal’. A sistemática de então foi recebida com alguma hostilidade, nos meios doutrinários e profissionais, em parte porque o Supremo apreciava as arguições em sessão secreta e não revelava os motivos da decisão tomada, num sentido ou noutro – o que agora de jeito nenhum lhe será lícito fazer, pois subsistem os deveres de publicidade e de motivação (art. 93, n° IX) [Grifo do autor]” (*Ibidem*).

3/1975⁴⁶⁴, que alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ampliando as hipóteses em que o recurso extraordinário não era cabível – à exceção dos casos que configurassem afronta à Constituição Federal e dos que denotassem relevância da questão federal.

À época, é pertinente rememorar, vigia a Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal competência para especificar as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.⁴⁶⁵ Nesse mister, comenta Pedro Miranda de Oliveira que a partir de então o STF “passou a *legislar* sobre o cabimento do recurso extraordinário [Grifo do autor]”.⁴⁶⁶

Após, com a Emenda Regimental n. 2/1985, que alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), passou-se a prever que a interposição de recurso extraordinário seria cabível nos casos que se subsumissem nas hipóteses previstas no RISTF ou “em todos os demais feitos, quando reconhecida relevância da questão federal”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n. 3, de 17 de junho de 1975*. Altera a redação dos arts. 52, 60 e 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emenda_3_dj_1975.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2017.

⁴⁶⁵ O artigo 119, parágrafo único, da Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 1, de 17/10/1969, passou a prever que “as causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, dêste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017). Assim, atribuiu-se ao STF a incumbência de discriminar em quais casos enquadráveis nas hipóteses do inciso III, alíneas *a* e *d* (respectivamente, contra decisão que “*a*) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal” e que “*d*) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”) caberia recurso extraordinário.

⁴⁶⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 73.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n. 002 de 04/12/1985*. Altera os artigos 21, 67, 134, 169, 174, 181, 226, 228, 234,

Outrossim, essa alteração regimental modificou o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para apreciar a relevância da questão federal suscitada. Passou-se a prever que a deliberação quanto à existência ou inexistência de relevância ocorreria em sessão de Conselho e só se reputaria relevante a questão que “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa” exigisse a apreciação do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal. Só a partir de então foi possível ter ciência dos fundamentos invocados pelos ministros para definir uma questão federal como relevante, a ponto de ensejar a interposição e a apreciação de recurso extraordinário.⁴⁶⁸

À vista do exposto, resta nítido que a repercussão geral não constitui apenas uma nova roupagem à antiga arguição de relevância. Trata-se de requisitos diferentes, a começar pelo contexto histórico em que estão imiscuídos: enquanto a arguição de relevância subsistiu em um período ditatorial, quando o Supremo Tribunal Federal tinha competência de cunho constitucional e federal; a repercussão geral foi concebida na vigência da Constituição Federal de 1988, que resgatou a democracia no país e restringiu a competência do STF às questões constitucionais. Afora isso, diferenciam-se em vários aspectos: quanto à finalidade, ao fundamento legal, ao objeto, aos elementos caracterizadores, à natureza do julgamento, ao quórum para a inadmissão do recurso extraordinário, à presunção do requisito, aos debates, à publicidade, à fundamentação e à recorribilidade da decisão.⁴⁶⁹

235, 236, 239, 277, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 355, 356 e 357 do Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/ATONORMATIVO/VERATONORMATIVO.ASP?DOCUMENTO=678>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁶⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, p. 392. É que, como visto, “no sistema anterior, os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, tanto para a rejeição quanto para o acolhimento da relevância, permaneciam completamente ignorados pelos litigantes; e nem a comunidade jurídica, na ausência de qualquer publicação a respeito, poderia formar um entendimento sobre a orientação da Suprema Corte sobre o assunto” (*Idem*).

⁴⁶⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 320-325.

Sem perder de vista o escopo do presente trabalho, é suficiente salientar que a arguição de relevância, com espeque no RISTF, voltava-se à análise de questões infraconstitucionais para justificar o *conhecimento* do recurso extraordinário (haja vista que as questões constitucionais eram consideradas, por si sós, relevantes). Noutra senda, a repercussão geral funda-se em previsão legal e constitucional e se presta a fundamentar o *não conhecimento* do recurso.⁴⁷⁰ Então, concorda-se com a assertiva de que a arguição de relevância e a repercussão geral são distintas (e não coincidentes), “não obstante tenham a mesma função de *filtro recursal* [Grifos do autor]”.⁴⁷¹

Superada a breve incursão histórica, vê-se que a repercussão geral traz, em essência, o propósito de restringir a atividade do Supremo Tribunal Federal aos casos dotados de relevância (sob o ponto de vista social, econômico, jurídico e/ou político) e de transcendência (passíveis de atingir diversos outros casos em situação semelhante).⁴⁷² Nesse sentido, é pertinente destacar passagem em que José Carlos Barbosa Moreira bem sintetiza a ideia:

⁴⁷⁰ Assim, conclui Eduardo de Avelar Lamy que “o antigo instituto buscava a inclusão, enquanto o atual justifica a exclusão, de feição bastante pragmática: uma alternativa ao congestionamento do STF” (A volta da arguição de relevância? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, p. 178).

⁴⁷¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 320.

⁴⁷² E é justamente essa transcendência um dos aspectos que diferencia a repercussão geral da antiga arguição de relevância. Assim, discorda-se de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier quando aproximam a repercussão geral da arguição de relevância sob o argumento de que seriam sistemas de filtro idênticos, do ponto de vista substancial, na medida em que ambos fazem “com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto” (Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, p. 374). Ora, sendo a transcendência a tônica que caracteriza a repercussão e a diferencia da arguição de relevância (destinada tão somente à aferição da relevância da causa), não se pode sustentar que ambos são sistemas idênticos, sob o viés material.

O que se pretende é evitar que o Supremo Tribunal Federal tenha de ocupar-se de questões de interesse visto como restrito à esfera jurídica das partes do processo, em ordem a poder reservar sua atenção e seu tempo para matérias de mais vasta dimensão, para grandes problemas cuja solução deva influir com maior intensidade na vida econômica, social, política do país.⁴⁷³

De fato, a restrição das vias de acesso aos tribunais superiores é condição essencial para a preservação da função que lhes é precípua. Embora o requisito se revista de cunho político – inclusive porque a relevância deve ser aferida pelos vieses econômico, social, político e jurídico –, é indispensável para o desempenho do ofício que foi constitucionalmente conferido ao Supremo Tribunal Federal.⁴⁷⁴

Com fulcro nessa premissa, vários autores demonstraram otimismo em relação à repercussão geral. Arruda Alvim chegou a defender que quando o Supremo Tribunal Federal passasse a julgar tão somente as causas revestidas de repercussão geral, ser-lhe-ia conferido “o perfil correto de que é merecedora esta Corte – e a Nação, enquanto credora de decisões modelo – pela sua posição nos quadros do Poder Judiciário”.⁴⁷⁵

⁴⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 102, n. 383, p. 181-191, jan/fev. 2006. p. 184-185.

⁴⁷⁴ Nas palavras de Arruda Alvim, “a utilidade do mecanismo da *repercussão geral*, como *filtro de caráter político*, prévio à admissão de recurso extraordinários, *propriamente dita*, deverá permitir a admissão de recursos extraordinários com a *flexibilidade* desejável, descartando a admissibilidade, sob este critério, de recursos que não mais tenham razão alguma de ser, senão uma insistência socialmente não desejável do recorrente, permeada por um *animus* lotérico [Grifos do autor]” (A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 82).

⁴⁷⁵ ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do*

A criação desse requisito de admissibilidade não foi suficiente para solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal, mas não há dúvidas de que contribuiu sobremaneira para a redução do número de recursos e da carga de trabalho desta corte. Conforme relatórios disponibilizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, há atualmente, 1.514.448 (um milhão, quinhentos e quatorze mil, quatrocentos e quarenta e oito) processos sobrestados nos tribunais de origem por versarem sobre temas cuja repercussão geral foi reconhecida, em recursos pendentes de julgamento pelo STF.⁴⁷⁶ Portanto, de forma objetiva, constata-se que a alteração logrou êxito na contenção de processos, restringindo a atuação do Supremo Tribunal Federal aos casos que apresentem repercussão geral.⁴⁷⁷

Outra alteração importante protagonizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 foi a criação da súmula vinculante⁴⁷⁸

judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, p. 84.

⁴⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas e Relatórios. *Processos sobrestados em razão da repercussão geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

⁴⁷⁷ Conforme prevê o artigo 102, § 3º, da CF/1988, incluído pela EC 45/2004, “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁴⁷⁸ José Carlos Barbosa Moreira aduz que a súmula foi denominada impropriamente de “vinculante” porque “a palavra “súmula” sempre se empregou – em perfeita consonância com a etimologia e os dicionários – para designar o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal, a começar pela Corte Suprema, onde ela foi criada, em 1963, sob a denominação correta de *Súmula da Jurisprudência Predominante* (no singular), com a qual se incorporou ao Regimento Interno” (Reforma do judiciário: a Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, v. 11, p. 56-69, mar/abr. 2006. p. 62).

no direito brasileiro⁴⁷⁹ – esta, sim, com caráter obrigatório não só aos órgãos jurisdicionais, como também à Administração Pública, por previsão expressa.⁴⁸⁰

O precursor dessa inovação foi Victor Nunes Leal, então Ministro do Supremo Tribunal Federal⁴⁸¹, que aduz ser a súmula subproduto da sua falta de memória. Na verdade, a súmula foi instituída como *método de trabalho* por Emenda ao RISTF, publicada em 30/08/1963, a fim de evitar que matérias já enfrentadas pelo órgão de cúpula não voltassem a ser debatidas, salvo se houvesse um motivo relevante a ensejar a rediscussão.⁴⁸²

Nas palavras do autor:

[A súmula] realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da

⁴⁷⁹ Para Eduardo de Avelar Lamy, a “inserção da súmula vinculante em nosso sistema leva em consideração uma concepção ampla e atual do princípio da legalidade, consoante o respeito à lei, doutrina e jurisprudência, e não somente à lei em sentido estrito. Se a função da jurisdição é dizer o direito, a sociedade complexa demanda respostas mais precisas do que o texto legal sozinho consegue proporcionar” (Súmula vinculante: um marco. In: _____. *Ensaio de processo civil*, p. 38-39).

⁴⁸⁰ Na dicção do artigo 103-A, da CF/1988, incluído pela EC 45/2004, “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁴⁸¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 145-157, jul/dez. 1998. p. 150.

⁴⁸² LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 25, p. 46–67, jul. 1982. p. 46, 60.

jurisprudência [...], ela ficou entre a dureza implacável dos antigos *assentos* da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’ e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada [...]. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a *loteria judiciária* das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do Direito [Grifos do autor].⁴⁸³

Pretendia-se, assim, desestimular a formulação de pretensões contrárias aos entendimentos já sumulados, com o fito de reduzir o número de processos, contribuir para a celeridade processual e conferir maior segurança à prestação jurisdicional.⁴⁸⁴ Na concepção de José Carlos Barbosa Moreira, a súmula vinculante era “a maior aposta da Emenda n. 45, em tema de

⁴⁸³ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 25, p. 46–67, jul. 1982. p. 56.

⁴⁸⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 145-157, jul/dez. 1998. p. 156. Na dicção do autor, “nesse contexto, de tantos sonhos, frustrações e expectativas na busca de um ideal, que é a Justiça que todos desejamos, embora muito longe de ser a solução para tantos males, certamente poderá o instituto da súmula com efeito vinculante contribuir de forma efetiva para minorar graves deficiências e trazer maior segurança, certeza e rapidez a um dos setores estatais que, doravante, cada vez mais estará a exercer decisiva participação nos destinos da humanidade” (*Idem*).

desobstrução dos canais judiciais e, por conseguinte, de agilização processual”⁴⁸⁵.

Carlos Mário da Silva Velloso identificou a súmula vinculante e a instituição da repercussão geral como os dois pontos em que a Emenda “contribuiu, de forma direta, para afastar a lentidão ou a demora na prestação jurisdicional”⁴⁸⁶. A propósito, o autor se mostrou bastante otimista em relação à súmula vinculante que, no seu entender, seria um instituto eficiente à eliminação da “massa inútil de recursos repetidos” e à fiel aplicação do princípio da isonomia, garantindo às partes igualdade de tratamento, do ponto de vista material.⁴⁸⁷ Inclusive, chegou a defender a criação de súmulas vinculantes também para o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral – eis que a súmula impeditiva de recursos seria insuscetível de fulminar o processo já em sua gênese.⁴⁸⁸

Cabe destacar, todavia, a ponderação de José Carlos Barbosa Moreira em relação à súmula vinculante. Com muita propriedade, o autor destacou que as várias reformas legislativas por que passou o Código de Processo Civil de 1973, em maior ou menor medida, conferiram relevo às decisões judiciais, de sorte a quase esvaziar a “novidade” trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Nas palavras do autor:

⁴⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 102, n. 383, p. 181-191, jan./fev. 2006. p. 189.

⁴⁸⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 11-26, mar/abr. 2005. p. 16.

⁴⁸⁷ Disse o autor que “a súmula vinculante, usada com inteligência, poderá prestar excelentes serviços à Justiça. Eliminará ela a massa inútil de recursos repetidos e contribuirá para a boa aplicação do princípio isonômico, acabando com a “loteria judiciária”, em que uns ganham e outros perdem” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 11-26, mar/abr. 2005. p. 12).

⁴⁸⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 11-26, mar/abr. 2005. p. 15.

[...] sucessivas reformas do Código de Processo Civil, em nível de legislação ordinária, já vêm atribuindo grande peso aos precedentes jurisprudenciais, tornando-os, em certos casos, pouco menos que vinculativos: basta um rápido olhar aos arts. 120, parágrafo único, 544, § 3º, 557, *caput* e § 1º-A, do estatuto processual, na redação em vigor, bem como a mais de um dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. A influência por assim dizer decisiva da jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores, exerce-se, por sinal, em âmbito mais vasto que o reservado à ‘súmula vinculante’: não se restringe a matéria constitucional, nem pressupõe deliberações cercadas das cautelas que o novo art. 103-A e seu § 1º requerem para a edição da ‘súmula vinculante’ pelo Supremo Tribunal Federal. [...] Nessa óptica, e levando em conta os condicionamentos da Emenda nº 45, não parece que ainda sobre espaço muito grande para a incidência das súmulas vinculantes. O principal efeito da respectiva edição poderá talvez consistir na obrigação, imposta aos órgãos da Administração Pública, de respeitá-las. [Grifo do autor].⁴⁸⁹

Essa passagem elucida que há muito as decisões exaradas pelos tribunais pátrios – em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal – são consideradas pelos aplicadores e operadores do direito. Todavia, são destituídas de caráter obrigatório, o que foi incorporado ao direito brasileiro com o advento da súmula vinculante, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Outra novidade inaugurada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

⁴⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 102, n. 383, p. 181-191, jan./fev. 2006. p. 189-190.

como órgão voltado ao controle externo do Poder Judiciário. Aos olhos de Sergio Bermudes, trata-se da “maior novidade da Emenda nº 45”⁴⁹⁰, muito embora o autor não deixe dúvidas quanto à sua posição contrária à criação do CNJ.⁴⁹¹

Embora seja alvo de críticas, é fato que o Conselho Nacional de Justiça foi concebido para desempenhar função importante, que compreende o “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, entre outras atribuições previstas na Constituição Federal (artigo 103-B, § 4º)⁴⁹² e no Estatuto da Magistratura.

⁴⁹⁰ BERMUDES, Sergio. Reforma do Judiciário? Considerações sobre a Emenda Constitucional n. 45. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 65-67, mar/abr. 2005, p. 65-66. Comenta o autor que “a maior novidade da Emenda nº 45 é a criação do Conselho Nacional de Justiça (e, paralelamente, do Conselho Nacional do Ministério Público). Aclama-se esse Conselho como o órgão de controle externo do Poder Judiciário, capaz de conter, punir, e desfazer abusos dos juízes. A análise do art. 103-B, introduzido na Constituição pela Emenda, mostra, no entanto, que esse Conselho é órgão a que compete ‘o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes [...]’ (art. 103-B, § 4º). Faltam ao Conselho poderes jurisdicionais. Órgão administrativo, deu-se competência a ele para apreciar a legalidade dos atos administrativos do Judiciário. Não, porém, os atos jurisdicionais por excelência, os atos de improbidade, abusos, violências. A redução dos poderes do CNJ foi o meio encontrado para conciliar correntes favoráveis e contrárias à criação dele, ou ao controle externo. Não se veja, pois, nesse Conselho, a panacéia de todos os males, porque a sua competência é administrativa e só se ampliará para abranger atos de jurisdição, se o órgão vir nele a violação de deveres funcionais [Grifos do autor]” (*Idem*).

⁴⁹¹ BERMUDES, Sergio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

⁴⁹² O artigo 103-B, § 4º, da CF/1988, com a redação que lhe foi conferida pela EC 45/2004, prevê o seguinte: “compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício

Pelo exposto, vê-se que a Emenda Constitucional n. 45/2004 erigiu-se sobre o nobre propósito de conferir maior celeridade e efetividade ao processo, com várias alterações que influenciaram diretamente a atuação dos tribunais superiores. A despeito disso, essas inovações foram medidas paliativas, contribuíram em alguns pontos, mas foram incapazes de solucionar por completo a crise que assola os tribunais superiores.

Nesse sentido, o problema do assoberbamento dos tribunais superiores permanece em pauta e representa uma ameaça ao exercício da função que lhes é precípua – qual seja, zelar pela unidade do direito constitucional e federal – como se discorre na seção a seguir.

ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

2.2.3 As ameaças sobre a função exercida pelos tribunais superiores e a disseminação de entendimentos jurisprudenciais dissonantes

A constatação de que a estrutura dos tribunais superiores é incompatível com a quantidade de processos submetidos à sua apreciação não exige maiores esforços. Basta verificar os relatórios estatísticos divulgados anualmente pelos tribunais superiores⁴⁹³ para constatar que o número de processos novos é recorrentemente superior ao número de processos julgados – do que se extrai um inevitável acúmulo de processos.

Ocorre que essa sobrecarga nos órgãos de cúpula perpetra efeitos sobremaneira perniciosos, a ponto de, muitas vezes, inviabilizar o cumprimento da função que lhes é precípua. Assim, o acúmulo de processos impede que os tribunais superiores se atenham ao enfrentamento de temas mais complexos, que verdadeiramente exigem o seu pronunciamento no sentido de conferir univocidade interpretativa à questão de direito – o que seria passível de infirmar entendimentos em sentido contrário.

A consequência disso é o espaço que se abre à disseminação de entendimentos jurisprudenciais dissonantes, que colocam em xeque a segurança jurídica (no sentido de confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade) e a isonomia. Eis o ponto fulcral que desafia os juristas e que se reveste de extrema importância para se manter a coerência e a integridade do ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁹⁴

⁴⁹³ No Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2016*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em: 28 jan. 2017. No Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acervo processual*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervos_tf.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

⁴⁹⁴ Como aduz Daniel Mitidiero, “sem essa reforma, pré-ordenada para preservação da liberdade e para a realização da igualdade mediante a promoção da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permanecerão *refêns de um sistema desgastado* e o processo civil continuará sendo um *jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade* de seus resultados [Grifos do autor]” (*Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 129-130).

A propósito, “esse vizo de *tratar desigualmente situações iguais* é uma das mais expressivas causas da pleora de recursos que hoje assoberba os Tribunais do país, especialmente as Cortes Superiores [Grifos do autor]”⁴⁹⁵ – como aduz, com razão, Rodolfo de Camargo Mancuso. Ora, se uma das hipóteses de cabimento do recurso especial é a divergência de interpretação – entre dois tribunais de segundo grau, ou entre um tribunal de segundo grau e o próprio STJ –, a interposição deste recurso poderia ser evitada caso se disseminasse uma cultura de respeito aos entendimentos já sedimentados, por exemplo.

Embora sejam vários os motivos que acarretam o congestionamento dos tribunais superiores⁴⁹⁶, não se pode perder de vista a dupla função que exercem no direito brasileiro: ao passo que enfrentam os recursos especiais e extraordinários postos à sua apreciação, considerando as peculiaridades dos casos concretos subjacentes à lide, exercem uma função muito mais ampla, que é explicitar a interpretação adequada acerca de determinada questão de direito. Como aduz Sergio Bermudes,

Convivem, no processo judicial, duas realidades apresentadas na doutrina como

⁴⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 160.

⁴⁹⁶ Arruda Alvim identifica várias causas ao acúmulo de processos nos órgãos jurisdicionais. Nas palavras do autor, “as sociedades contemporâneas, e o Brasil muito acentuadamente, sofrem uma crise de gigantismo, tendo em vista o aumento descomunal de jurisdicionados, que procuram a Justiça para as soluções dos seus conflitos. Em particular, os números que retratam esse aumento geral do acesso à justiça, são, todos eles, astronômicos [...]. Essa inflação de demandas está inserida nos quadros de uma sociedade de consumo, como, ainda entre nós; somou-se a isso o aumento populacional, de enorme calibre, a mobilização das pessoas para os grandes centros, já há décadas, e, especificamente, depois da vigente Constituição, que, aduza-se, contribuiu bastante para o aumento da litigiosidade [...]. São diversas variáveis e, se são todas convergentes para explicar as razões do aumento de solicitação de prestações jurisdicionais, não fornecem elementos para uma solução equilibrada e dentro das possibilidades reais do País” (A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, p. 87-88).

microprocesso e macroprocesso. Cinge-se o primeiro à composição do litígio entre as partes. A finalidade do segundo é maior e mais ampla porque, enquanto compõe a lide, a jurisdição de todos os níveis protege o direito objetivo, mostrando o modo de atuação das normas e princípios, no exercício de uma atividade pedagógica.⁴⁹⁷

Nesse sentido, é um paradoxo reconhecer a competência constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores e, ao mesmo tempo, admitir-se que é facultado aos tribunais inferiores ignorar os pronunciamentos já emanados pelo STJ e pelo STF em casos semelhantes. Independentemente de se conferir ou não caráter obrigatório aos acórdãos oriundos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, há que se lhes reconhecer maior força, distinguindo-os das decisões proferidas pelos demais tribunais, tendo em vista a função atribuída aos órgãos de cúpula no direito brasileiro.⁴⁹⁸

Assim, é imprescindível zelar pela unidade do direito, pela coerência e pela integridade do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de prevenir e extirpar os dissídios pretorianos. Não que se repugne, em absoluto, a divergência jurisprudencial (na medida em que viabiliza a evolução do direito); mas tão somente a divergência que se afigura injustificável, à luz da segurança jurídica, como se aborda na seção a seguir.

⁴⁹⁷ BERMUDEZ, Sergio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*, p. 54-55.

⁴⁹⁸ José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier aduzem que, “porque existe essa tendência a que se gere maior segurança e previsibilidade é que as decisões dos tribunais superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia *erga omnes*. Desde que sejam reiteradas em determinado sentido, significam indubitavelmente orientação para os demais tribunais, exercendo papel verdadeiramente paradigmático [Grifo do autor]” (Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, p. 385).

2.3 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E MEIOS RECURSAIS DE CONTENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Essencial é, antes de qualquer providência, definir o que se entende por “divergência jurisprudencial”. Para o escopo deste trabalho, “divergência” traduz o descompasso de soluções jurídicas dadas a situações que apresentem similitude fático-jurídica. Constitui, assim, um conceito relativo, cuja verificação pressupõe a existência de casos símiles⁴⁹⁹ que, como tais, deveriam ser julgados de maneira consonante à luz do direito vigente, não fossem os vários sentidos extraíveis da norma jurídica.

A partir da definição, infere-se que nada há de excepcional na divergência.⁵⁰⁰ Anormal seria constatar que, diante de amplo espectro normativo⁵⁰¹, as decisões se orientassem em uma única direção⁵⁰².

A divergência pode ser vista por dois vieses: pelo viés positivo, como meio de provocar a evolução do direito; pelo viés negativo, como ameaça à segurança jurídica – como se discorrerá nas seções 2.3.1 e 2.3.2. Outrossim, como contingência de

⁴⁹⁹ Advirta-se que a similitude a que se faz referência tange aos fatos considerados relevantes – isto é, aos fatos que efetivamente são determinantes à configuração jurídica dada ao caso na decisão judicial. Excluem-se, para fins de aferição de similitude, os fatos que se revestem de importância acessória e nenhuma ingerência exercem sobre a solução externada pelo órgão julgador.

⁵⁰⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que “a *divergência jurisprudencial*, tomada em si mesma, é fenômeno axiologicamente neutro, e mesmo previsível num regime de jurisdição singular, onde impera o primado da norma escrita, aplicada em cada caso concreto, num país de dimensões continentais, com *Justiças* diversas, organizadas por critérios diferentes, e distribuídas nos planos local, regional e nacional [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 27).

⁵⁰¹ Volta-se à moldura kelseniana, que contempla os diferentes sentidos da norma (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390).

⁵⁰² Nesse sentido, destaca Miguel Reale que “a contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador” (*Lições preliminares de direito*, p. 168).

jurisdição singular, a divergência pode ocorrer tanto internamente aos tribunais e órgãos julgadores (*divergência interna*) quanto externamente, seja entre tribunais de mesma hierarquia, seja entre tribunais de hierarquias diferentes (*divergência externa*) – como se tratará na seção 2.3.3 a seguir.

Passa-se, então, a analisar as possíveis configurações da divergência – pelo prisma desejável (em prol do desenvolvimento do direito) e indesejável (que põe em xeque a tão expectada segurança jurídica).

2.3.1 Divergência como meio de provocar a evolução do direito

O dissídio pretoriano não pode ser interpretado, de plano, como algo pernicioso. Partindo-se do pressuposto de que a lei contempla uma moldura normativa plurissignificativa e que não há, portanto, uma única interpretação correta⁵⁰³, torna-se indispensável o amadurecimento da questão jurídica até que se possa definir, com mais propriedade, qual a interpretação que se afigura mais acertada.

Aqui, exsurge a importância do debate, da divergência jurisprudencial na evolução do direito: é no confronto de teses antagônicas, na consideração de variados argumentos que se provocam as reflexões necessárias para se definir, com contornos mais nítidos, qual a configuração jurídica deve ser dada a determinada situação de fato⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Em crítica que remete ao entendimento outrora prevalecente, Ovídio A. Baptista da Silva pontua que “não seria correto supor que a lei tivesse ‘uma vontade’ quando as constantes modificações jurisprudenciais dão ao mesmo texto compreensões diferentes, aplicando-o muitas vezes em sentido diametralmente oposto ao proclamado pouco antes pelo mesmo tribunal [Grifo do autor]” (Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, ano 1, v. 5, p. 76-97, mar/abr. 2005. p. 77).

⁵⁰⁴ Nesse ponto, Ovídio A. Baptista da Silva identifica “o paradoxo a que fica exposto o direito processual: exige-se, por várias contingências culturais, a segurança do Direito inscrito nos códigos – abstraída sua essencial *historicidade*. Simultaneamente, porém, a natureza complexa e pluralista de nossa sociedade, tangida pelas bruscas e profundas mudanças sociais, a impor não apenas a compreensão hermenêutica do

A pluralidade de entendimentos, de teses e de pontos de vista traduz a riqueza do ordenamento jurídico e contribui para a lapidação dos posicionamentos sustentados nos tribunais. Ademais, a plurivocidade de sentidos, extraíveis da norma jurídica, relaciona-se à própria riqueza do vernáculo. O fato de uma única expressão suscitar diferentes interpretações impõe ao magistrado a tarefa de aferir a que melhor se adequa à realidade social, inserida em um contexto temporal e espacial.

Nesse sentido, a abertura das previsões normativas viabiliza que se alterem suas interpretações sem que haja alteração do texto legal. Daí, porque, por exemplo, em alguns casos se admite a declaração da inconstitucionalidade de determinada interpretação conferida à norma, sem redução de texto (isto é, sem extirpá-la, total ou parcialmente, do ordenamento jurídico).⁵⁰⁵

Portanto, ao contrário do que se pode inferir, em um primeiro momento, a divergência jurisprudencial é bastante profícua e, diga-se, essencial para que o direito não permaneça estanque, alheio às modificações inerentes à sociedade.⁵⁰⁶ Reiteradas discussões sobre determinado assunto ou sobre determinada tese jurídica permitem que se promova a sua lapidação, a melhor definição de seus contornos, até que o entendimento acerca da questão seja estabilizado⁵⁰⁷ (isto é, atinja

direito processual, terá de conviver com as constantes mudanças das leis e do modo de compreendê-las, na experiência judiciária [Grifo do autor]” (“Questão de fato” em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, v. 13, p. 79-97, jul/ago. 2006. p. 83).

⁵⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1139.

⁵⁰⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Generis, v. 6, p. 625-638, set./dez. 1997. p. 626. Nas palavras do autor, “a par do valor ‘segurança’, de que o Direito não pode ser dissociado, há o imperativo de sua permanente necessidade de ‘adequação’ à realidade social sobre que opera, isto é, impõe-se, também sua ‘abertura’, seu dinamismo, sua não estratificação [Grifos do autor]” (*Idem*).

⁵⁰⁷ Com razão Eduardo de Albuquerque Parente quando adverte que “matérias novas, por exemplo, nunca poderão ser objeto de uniformização de plano, mas somente após a divergência sadia, que gera

um nível de maturidade tal, a ponto de poder ser uniformizado pelo tribunal competente).

Em razão disso, é descabido adotar uma postura extremista a ponto de defender que todos os entendimentos têm de ser padronizados ou uniformizados. Entender dessa forma equivale a comprometer a própria formação dos entendimentos jurisprudenciais, que pressupõe um amadurecimento sobre as questões jurídicas – o que só é possível diante da aplicação da norma⁵⁰⁸, das divergências daí oriundas e dos embates travados nos tribunais. Em arremate, “decisões divergentes abrem oportunidade para que as diferentes justificativas sejam comparadas a fim de que se defina qual é a que encontra maior suporte na ordem jurídica”.⁵⁰⁹

Outro viés que permite analisar a divergência como salutar é o fato de ser, o Brasil, um país de dimensões continentais, marcado por diferentes realidades.⁵¹⁰ Caso prevalecesse um único entendimento acerca de todas as questões, certamente seriam desconsideradas peculiaridades relativas a determinada região do país e se incorreria no grave equívoco de tratar igualmente os desiguais – o que não se admite, pelo prisma da igualdade

discussões, visando a chegar à melhor tese jurídica” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 112).

⁵⁰⁸ Como afirma Paolo Grossi, “o verdadeiro direito positivo não é aquele posto por uma autoridade legítima, mas, sim, aquele cuja interpretação/ aplicação imerge na positividade da sociedade e se torna substancialmente e não só formalmente positivo [Tradução nossa]” (*Prima lezione di diritto*, p. 109). No original: “*il vero diritto positivo non è quello posto da una autorità legittima, bensì quello che l’interpretazione/applicazione imerge nella positività della società e rende sostanzialmente e non solo formalmente positivo*”.

⁵⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1123. E assim os autores justificam a razão pela qual os embargos de divergência constituem meios propícios à formação de “precedentes”.

⁵¹⁰ No mesmo sentido, Flávio Cheim Jorge diz ser a divergência “inevitável dentre os diversos órgãos da jurisdição de um mesmo país, mormente numa nação de dimensões continentais e de enorme diversidade cultural como é o Brasil” (Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 25).

material. Vê-se, portanto, que a divergência é essencial para resguardar e tutelar, adequadamente, aquelas situações que não guardam similitude. Uma prática que é comum em determinada região pode não ter a mesma configuração em outro contexto, e tal circunstância deve ser considerada pelos tribunais, diante dos casos concretos.⁵¹¹

É um equívoco, portanto, atribuir à divergência jurisprudencial um caráter necessariamente negativo, pernicioso à ordem jurídica. Pelo contrário: a divergência jurisprudencial exerce papel essencial à lapidação e ao desenvolvimento do direito.⁵¹² Não há que se falar em uniformização sem divergência, assim como não é possível definir a interpretação mais adequada sem que a questão jurídica tenha sido previamente debatida e amadurecida no âmbito dos tribunais. Esse entendimento se coaduna com o que defende Daniel Mitidiero ao identificar o dissenso jurisprudencial como algo positivo, no modelo de cortes

⁵¹¹ Adroaldo Furtado Fabrício, ao discorrer sobre a pretensa unidade do direito em contraponto aos casos cujas peculiaridades exigem tratamentos distintos, observa: “sendo embora o mesmo, esse Direito Positivo ‘único’, mercê da leitura e interpretação que dele fazem as jurisdições locais, pode ajustar-se com razoável grau de adequação às condições próprias de cada região e de cada cultura, que, em seus pontos extremos, podem apresentar distanciamentos entre si que orçam por um século ou mais. Aptos a compreender e assimilar as peculiaridades locais com as quais convivem e das quais se impregnam, os juízes podem perfeitamente, sem violentar os textos, extrair deles resultados que o legislador não previu e quiçá não pudesse conceber, mas são talvez os únicos capazes de assegurar a justiça de cada caso concreto. Não deveria, assim, causar escândalo ou sequer inquietação a desuniformidade na interpretação e aplicação do Direito; bem ao revés, essa eventualidade teria de considerar-se inevitável e salutar, como elemento integrante do fenômeno de concretização da norma. Pela via da interpretação diferenciada, estar-se-ia de algum modo corrigindo e compensando a centralização antifederativa da elaboração da norma abstrata [Grifo do autor]” (Os equívocos da reforma do judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 3-9, mar./abr. 2005. p. 8).

⁵¹² Como bem pontua Antonio Castanheira Neves, “o espaço material da realidade jurídica (o seu espaço histórico-social) é sempre mais amplo do que o espaço formal do dado jurídico (o espaço das prescrições e mesmo dos critérios normativamente positivos)” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 210).

superiores, dada a sua contribuição ao desenvolvimento do direito.⁵¹³

Há casos, no entanto, em que esse caráter salutar da divergência jurisprudencial resta desfigurado. A depender da situação em exame, as distinções se tornam ilegítimas e a dissidência interpretativa assume feição extremamente pernicioso, convolvendo-se em ameaça ao princípio da segurança jurídica e à própria coerência do ordenamento jurídico.

2.3.2 Divergência como ameaça à segurança jurídica

A divergência jurisprudencial assume contornos negativos quando não se justifica diante das peculiaridades do caso concreto, isto é, quando se garante a uns o direito e a outros o não direito – muito embora ambos se vejam em situações símiles, a exigir, em primeira análise, deslinde semelhante.⁵¹⁴

Na dicção de Egas Dirceu Moniz de Aragão, “uma só tese jurídica não pode ser vítima de interpretações díspares, *sendo* hoje para *não ser* amanhã [Grifos do autor]”.⁵¹⁵ A despeito das

⁵¹³ MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 45. Diz o autor que, ainda que se tenha que conviver, por um período, com a dispersão de entendimentos, “o que importa é que ao final do processo seja unificada a jurisprudência pelo controle das decisões judiciais mediante recurso para corte de vértice” (*Idem*).

⁵¹⁴ Concorde-se com Alfredo Buzaid quando aduz não repugnar, ao jurista, “que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra jurídica a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repugna-lhe que sobre a mesma regra jurídica dêem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais” (Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 193).

⁵¹⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Dos recursos cíveis (Esboço legislativo)*. Curitiba: Imprensa Universidade do Paraná, 1962. p. 37. Para o autor, “o Direito há de repousar num mínimo de certeza que é preciso respeitar; as partes têm ampla liberdade de exigir do Estado que

dificuldades inerentes ao ofício judicante – na medida em que a aplicação da lei envolve atividade interpretativa⁵¹⁶⁻⁵¹⁷ –, é inadmissível constatar que as decisões oriundas de um mesmo órgão julgador sejam prolatadas sem qualquer coerência. Igualmente inadmissível é o fato de juízes e tribunais desconsiderarem determinada interpretação jurídica assentada pelos tribunais superiores, de forma a julgar de maneira diversa sem sequer mencionar o entendimento outrora sedimentado.⁵¹⁸

Em ambos os casos, desperdiça-se todo o esforço empreendido até a maturação da tese e, inexoravelmente, alimenta-se a interposição de recursos, atabalhoando os tribunais e inviabilizando o bom funcionamento destes órgãos judiciais.⁵¹⁹

não lhes submeta as causas às flutuações de correntes conflitantes dum mesmo tribunal” (*Idem*).

⁵¹⁶ Como desenvolvido na seção 1.2.2.

⁵¹⁷ A propósito, consigna Eros Roberto Grau que “a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da *realidade* – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados [Grifos do autor]” (*Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/ aplicação do direito e os princípios*, p. 47).

⁵¹⁸ Assenta Alf Ross que “os precedentes, isto é, as decisões jurídicas anteriores, desempenham sempre um papel importante na decisão relativa a uma disputa legal perante um tribunal. O fato de que num caso anterior de caráter similar se tenha escolhido uma certa regra como fundamento da decisão, constitui um forte motivo para que o juiz baseie a decisão presente na mesma regra. Além de tal procedimento poupar tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz, esse motivo está estreitamente relacionado à ideia de justiça formal, a qual em todos os tempos parece ter sido um elemento essencial da administração de justiça: a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral” (*Direito e justiça*, p. 111).

⁵¹⁹ Concorde-se com Rodolfo de Camargo Mancuso quando pontua que “o *verdadeiro problema* não está (e nem poderia estar) na divergência jurisprudencial *em si*, mas no *excesso* e no *descontrole* que aí se registra, tornando a ação judicial uma fonte de prolongada angústia para as partes, seja quanto ao seu término, seja quanto ao resultado, seja quanto à sua final exequibilidade, o que tudo reflui para o desprestígio da função jurisdicional e para a desconfiança social quanto ao próprio

Por consecutório, imputam-se às partes maiores ônus, tanto por obrigá-las a prosseguir nas vias recursais quanto pelo fato de postergarem o fim do processo, em busca da correção do desvio.

Esse contexto afronta o princípio da isonomia e, sobretudo, da segurança jurídica – ambos com assento constitucional.⁵²⁰ Com efeito, conferir tratamentos díspares a situações similares significa inviabilizar a previsibilidade e comprometer sobremaneira a confiança dos jurisdicionados no Judiciário.⁵²¹

Alfredo Buzaid, nesse sentido, pondera:

Onde há sentenças conflitantes na aplicação da mesma norma legal, não sofre apenas a certeza senão também a justiça, porque não é justiça tranqüila a que considera e aplica o mesmo preceito jurídico de modo diverso ou contraditório; nem a uniformização simultânea fecha os poros por onde respira a justiça, porque ela não exclui uma diversidade sucessiva

caráter científico do Direito [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 232).

⁵²⁰ De forma similar, pronuncia-se Arruda Alvim, para quem “a diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do Direito, a *certeza*, seja abalado. E, quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei e, conseqüentemente, nessa escala, essa circunstancia contribui para que o direito não tenha o grau de *certeza* desejável, pois que, como se sabe, a linguagem do direito é a lei [Grifos do autor]” (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 33).

⁵²¹ Importante ponderação faz José Joaquim Gomes Canotilho. Diz o autor que “sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irredutível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 265).

resultante de novas condições econômicas, políticas e sociais.⁵²²

Pode-se dizer que constitui verdadeira contradição as partes serem obrigadas a submeter o litígio ao crivo do Estado – porquanto lhes seja vedada a autotutela – sem poder, todavia, antever ou sequer expectar o tratamento jurídico que será dispensado ao seu caso concreto, dada a jurisprudência cambiante dos tribunais.⁵²³ Aliás, não raras são as vezes em que as partes percorrem toda a marcha processual e, no final, são surpreendidas com um resultado que destoia daquilo que determinado tribunal já havia sedimentado. Indiscutível é o caráter reprovável dessas situações que relegam os jurisdicionados – e o próprio Estado – a uma situação de insegurança jurídica, à revelia dos preceitos constitucionais.

O tema foi tratado por Eduardo Cambi sob a alcunha de “jurisprudência lotérica” – com o fito de denominar, justamente, os casos em que os tratamentos distintos não encontram substrato. Para o autor, a liberdade conferida aos juízes para interpretar a lei não pode ser absoluta, sob pena de ensejar o “fenômeno da jurisprudência lotérica, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz”⁵²⁴.

De fato, a estrutura judiciária brasileira apresenta uma hierarquia que não pode ser ignorada. É essencial observar os pronunciamentos dos tribunais superiores acerca do direito federal e constitucional (porquanto suas competências defluam da própria Constituição), assim como é importante que os juízes observem as decisões oriundas dos tribunais a que estão

⁵²² BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 205.

⁵²³ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier se refere à dispersão jurisprudencial como um “paradoxo, na medida em que os sistemas de *civil law* foram concebidos por um ato racional, destinado a conter abusos, moldados para gerar segurança, previsibilidade e respeitar a igualdade” (A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 57, v. 384, p. 53-62, out. 2009. p. 60).

⁵²⁴ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 786, p. 108-128, abr. 2001. p. 111.

vinculados (como forma de se manter a coerência do ordenamento jurídico). Isso, porém, não significa uma adstrição⁵²⁵, mas medida indispensável para que se compreenda a unidade do Poder Judiciário, no sentido de que deve manter uma coerência entre os vários órgãos e instâncias que o compõem. Não implica, também, tolher a liberdade dos magistrados no seu ofício judicante; mas sim vedar ações isoladas, como se constituíssem estruturas dissociadas.⁵²⁶ Ademais, não provoca engessamento do direito, porquanto remanesça aos magistrados o espectro interpretativo necessário a avaliar se ao caso concreto *sub examine* deve ou não ser aplicado o mesmo deslinde – conforme exijam as circunstâncias, ou não.⁵²⁷

A evolução das interpretações é ínsita ao direito que, como fator de regulação da vida em sociedade⁵²⁸, precisa dar guarida às novas realidades que surgem com as transformações sociais. Eis o

⁵²⁵ Ao versar sobre a jurisprudência, Washington de Barros Monteiro aduz que “embora constituam os precedentes ótima fonte de consulta, não estão os juízes adstritos a segui-los. Por mais uniforme que seja a jurisprudência, por mais reiterados que sejam seus pronunciamentos, ela não representa norma imperativa, ela não se impõe coercitivamente” (Da jurisprudência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 56, p. 88-94, 1961. p. 93).

⁵²⁶ Na concepção de Celso Agrícola Barbi, “a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes” (Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 92).

⁵²⁷ Como aduz José Ignacio Botelho de Mesquita, o ponto ideal é aquele em que “a irremediável vocação evolutiva do direito se realize de modo disciplinado, sem sacrifício da indispensável segurança jurídica, mas sem sacrificar também a necessidade da permanente adequação do direito à constante mutação dos fatos sociais” (A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, p. 217).

⁵²⁸ Diz José Joaquim Gomes Canotilho que “o direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições* [Grifos do autor]” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 243).

que assenta Donaldo Armelin, ao versar que a jurisprudência, não obstante deva ser estável, “não pode, porém, ser estática porque não pode se tornar insensível às alterações sociais, máxime tendo ela a função de flexibilizar os textos legais para os adaptar à realidade cambiante da vida social”.⁵²⁹

José Carlos Pestana de Aguiar Silva, por sua vez, consigna que o direito não é estático: “seu dinamismo repousa em sua própria essência, tal e qual se dá com as céleres mutações sociais, muitas imprevisíveis, às quais se deve inolvidavelmente amoldar no cumprimento de sua missão”.⁵³⁰

Essa constatação não é refratária à necessidade de combater as divergências jurisprudenciais injustificáveis⁵³¹, como forma de garantir mínima previsibilidade aos jurisdicionados e, assim, de não frustrar expectativas legítimas pautadas no entendimento até então sustentado pelo tribunal.⁵³²

⁵²⁹ ARMELIN, Donaldo. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 59, ano 15, p. 31-48, jul./set. 2007. p. 34.

⁵³⁰ SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 270, p. 101-108, 1980. p. 106.

⁵³¹ Importante ressaltar que não se está aqui a referir a qualquer tipo de divergência – inclusive porque a divergência pode se revestir de caráter salutar, como desenvolvido na seção 2.1.2 acima. Recorrendo-se às palavras de Eduardo de Albuquerque Parente, “a divergência não tolerada, e que deve gerar a uniformização obrigatória, atrela-se a temas conhecidos, que sequer enobrecem (ou incentivam) a discussão, nem geram mais criatividade, construção” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 56-57).

⁵³² Eduardo de Albuquerque Parente diferencia a *mudança progressiva madura* e a *pluralidade jurisprudencial descontrolada*: a primeira, seria salutar ao desenvolvimento do próprio ordenamento jurídico, atrelada à definição de contornos, acerca de uma determinada questão de direito, quando da ausência de previsão legislativa ou quando disciplinada por lei que se valha de conceitos indeterminados; a segunda, seria perniciosa ao sistema, porquanto consistiria na disseminação de entendimentos dissonantes a respeito de uma mesma questão. A importância da *mudança progressiva madura* reside, justamente, nesse período de “maturação” da questão; agora, o que não se admite – e se procura combater, por várias vias – é a perpetuação de divergências quanto a

Há, de certa forma, consenso em torno dos efeitos perniciosos que a divergência jurisprudencial pode acarretar: os dissídios repercutem, inclusive, sobre a própria litigiosidade, estimulando a propositura de ações e a interposição de recursos.⁵³³ Ora, existindo entendimentos diametralmente opostos no mesmo tribunal, vale o risco de propor a ação judicial porquanto à parte pode aproveitar alguma chance de êxito.⁵³⁴ O mesmo se aplica em sede recursal, quando a própria divergência denota a possibilidade de obter êxito mediante a interposição de recurso.

Portanto, a jurisprudência oscilante transforma a função jurisdicional em um jogo, cujo resultado depende não da técnica, mas da sorte de ver determinada tese acolhida pelo tribunal. Se não há estabilidade decisória e se casos que envolvem as mesmas circunstâncias podem ser resolvidos de formas diferentes,

questões já bastante amadurecidas e debatidas (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 62).

⁵³³ Ao versar sobre a crise do judiciário, José Joaquim Gomes Canotilho pontua que a exacerbação da litigiosidade e o favorecimento ao arbítrio, conjuntamente consideradas, “estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizando, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem” (*A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 15, p. 5-15, jan./fev. 2002. p. 8-9).

⁵³⁴ Pertinente destacar excerto em que Andrea Proto Pisani se refere à frequência com que a própria corte de cassação contradiz seus próprios entendimentos – o que estimula as partes a interporem recursos na esperança de que prevaleça uma orientação em sentido contrário. Assim, a crise da Corte de Cassação é, paradoxalmente, fonte de mais crise, em um círculo vicioso difícil de romper (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 559). No original: “*la grande frequenza com cui la Corte contraddice i propri orientamenti stimola le parti a proporre ricorso nella speranza che un orientamento tendenzialmente contraria, anchorché consolidato, possa essere disatteso. E allora quella situazione di crisi della Corte di cassazione è a sua volta fonte di ulteriore crisi in un circolo vizioso difficile da rompere*”.

incumbe ao jurisdicionado lançar-se à sorte, em meio a um contexto eivado pela insegurança inerente ao direito lotérico.⁵³⁵

Essa instabilidade agrava o descrédito em relação ao Judiciário⁵³⁶ na medida em que a prestação jurisdicional não reverbera segurança jurídica.⁵³⁷ Como já havia apontado José Ignacio Botelho de Mesquita, “o Poder Judiciário está em crise. Está em crise moral, por falta de confiança, o que conduz à crise política e, sucessivamente, à crise econômica”⁵³⁸.

O contexto de instabilidade decisória encampou sucessivas alterações legislativas no cenário brasileiro e a sistemática processual civil passou a contemplar vários meios de contenção da dispersão jurisprudencial – como será abordado na seção 2.3.4. Antes, porém, é necessário discorrer sobre a divergência verificada nos próprios tribunais (interna) e a divergência verificada entre diferentes tribunais (externa).

⁵³⁵ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 786, p. 108-128, abr. 2001. p. 112.

⁵³⁶ Ao abordarem o tema, Alexandre Reis Siqueira Freire e Afonso Freire criticam que “como os responsáveis pela aplicação dos princípios jurídicos, pelo esclarecimento das cláusulas gerais e pela definição dos conceitos jurídicos indeterminados, em última instância, são os juízes, e como, para muitos no Brasil, o livre convencimento do juiz parece ser mais um direito subjetivo indisponível que um dever institucional decorrente da função exercida por ele, o que se vê é um cenário dramático de contradições e desentendimentos acerca do significado dado ou a ser dado às normas jurídicas, em geral, e às decisões já proferidas por nossos tribunais, em particular” (Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 103, n. 950, p. 199-231, dez. 2014. p. 205).

⁵³⁷ Concorde-se com Rodolfo de Camargo Mancuso quando pontua que “a realidade judiciária brasileira não mais comporta uma expansão *desmesurada e injustificada* dessa divergência, já então convertida em fator de insegurança social, de desprestígio para o Judiciário e de congestionamento de processos nos Tribunais [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 148).

⁵³⁸ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A crise do judiciário e o processo. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, p. 257-258.

2.3.3 Divergência interna e externa

A divergência interna⁵³⁹ tem origem no próprio fracionamento dos tribunais em órgãos colegiados. Embora seja medida que viabiliza o funcionamento das cortes, essa segmentação por competências dá azo ao surgimento de posicionamentos dissidentes dentro do próprio tribunal. Quanto maior o número de julgadores e de órgãos fracionários, maior é a propensão à divergência decisória⁵⁴⁰, inclusive por força das

⁵³⁹ Araken de Assis adjetiva de *intestinal* a divergência verificada entre os órgãos fracionários dos tribunais (*Manual dos recursos*, p. 979).

⁵⁴⁰ Por essa razão, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que não se pode fazer juízo de valor acerca da dissidência *interna corporis*, em especial nos tribunais superiores. Dizem os autores que “decisões divergentes, em uma corte de interpretação e de precedentes, atribuem significados ao direito a partir de valorações e, nessa perspectiva, não podem ser compreendidas em toda a sua extensão com base na lógica do ‘certo-errado’. A divergência decorre, em regra, de opções valorativas, diretivas interpretativas e, muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha em imensa medida qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso. É por isso que as decisões divergentes não devem ser vistas como meros momentos de aplicação da mesma lei, mas sim como oportunidades em que a mesma Constituição ou uma mesma lei é interpretada [Grifo dos autores]” (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1122-1123). Da mesma forma, consigna Andrea Proto Pisani que “quanto maior é o número de juízes dentro do tribunal, tanto mais numerosos são consequentemente os órgãos julgadores e maior a possibilidade que as mesmas questões de direito sejam decididas contraditoriamente. Desse modo a Corte não só não é capaz de desenvolver totalmente a sua função institucional, mas também corre o risco de se transformar, por causa de sua estrutura, fator de desorientação da jurisprudência [Tradução nossa]” (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 558). No original: “quanto maggiore è il numero dei giudici addetti all’organo, tanto più numerosi sono conseguentemente i collegi giudicanti e maggiore la possibilità che le stesse questioni di diritto siano decise contraddittoriamente. In tal modo la Corte non solo non è in grado di svolgere compiutamente la sua funzione istituzionale, ma all’oposto rischia di divenire essa stessa, a causa della sua struttura organizzativa, fattore di disorientamento della giurisprudenza”.

convicções e dos entendimentos de cada magistrado⁵⁴¹ – que, inexoravelmente, reverberam no todo, influenciando o posicionamento do órgão colegiado.⁵⁴²

No entendimento de Andrea Proto Pisani, para evitar posicionamentos dissonantes dentro do mesmo tribunal, ideal seria que sua composição fosse enxuta, com poucos magistrados e sem fracionamento em órgãos colegiados. Por sua vez, para diminuir a sobrecarga de trabalho, ter-se-ia que reduzir, sobremaneira, o número de processos submetidos à apreciação das cortes. Não é, contudo, o que se verifica. A divisão em órgãos colegiados é indispensável ao funcionamento das cortes, tendo em vista o volume de trabalho que se lhes acomete. Inexoravelmente, daí defluem divergências internas aos próprios tribunais incumbidos de zelar pela uniformidade interpretativa e pela unidade do direito.⁵⁴³

Esse é o contexto que, em certa medida, se verifica no Brasil. Se, na atual conjuntura, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são incapazes de vencer os inúmeros processos submetidos à sua apreciação, pior seria se não fossem fracionados em órgãos colegiados menores, cada qual com

⁵⁴¹ Comenta Alf Ross que “o juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. [...] Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como *correta* mas também como *justa* ou *socialmente desejável* [Grifos do autor]” (*Direito e justiça*, p. 168).

⁵⁴² Na dicção de André Ramos Tavares, “o juiz, por mais que procure ser justo, estará sempre influenciado pelas circunstâncias de sua vida, e terá sempre de fazer escolhas, entre normas, entre argumentos, entre interpretações possíveis, entre interesses em conflito que sejam mutuamente (mas não concomitantemente, em dado caso concreto) protegidos pelo Direito” (*Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 52).

⁵⁴³ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 558-559.

competência para apreciar determinadas matérias. Não há dúvidas de que essas divisões internas auxiliam os tribunais a dar vazão aos processos, a despeito da sobrecarga de trabalho que lhes é imputada. Por outro lado, não surpreende que essa divisão em órgãos fracionários gere dissidências endógenas ao próprio tribunal, comprometendo a uniformidade interpretativa em seu interior.

A propósito, essa questão foi suscitada ao longo da história do direito constitucional brasileiro com relação ao fracionamento do Supremo Tribunal Federal. Dividiam-se as opiniões na doutrina, justamente porque eventual segmentação poderia acarretar dissidências no interior do próprio tribunal, inviabilizando o cumprimento de sua função precípua, de zelar pela unidade do direito federal⁵⁴⁴ (em outros termos, as divergências elucidariam ser o tribunal incapaz de ditar a interpretação jurídica que deveria prevalecer). Consolidada, na esfera constitucional, a possibilidade de divisão do Supremo Tribunal Federal em turmas, exsurgiram os embargos de divergência, concebidos justamente como recurso voltado à eliminação das dissonâncias *interna corporis* – como se tratará na seção 2.4.2.

O fato é que, diante da estrutura judiciária e da composição dos próprios tribunais brasileiros, a divergência interna é inevitável⁵⁴⁵, ao menos até que seja uniformizado o entendimento

⁵⁴⁴ Pertinente rememorar que até o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal reunia competência tanto para tutelar a Constituição quanto a lei federal (o que, posteriormente, passou a incumbir ao Superior Tribunal de Justiça a partir de sua criação).

⁵⁴⁵ E essa inevitabilidade é tanto maior quanto maior for o número de juízes e tribunais. Ao abordar o problema da sobrecarga dos tribunais, em busca de soluções, assim se pronunciou Egas Dirceu Moniz de Aragão: “outra solução, igualmente falaciosa a meu ver, mas que tem muitos adeptos entre políticos e autoridades, inclusive judiciárias, é aumentar sempre mais a quantidade de juízes e tribunais. Já manifestei opinião contrária a essa fórmula, que tenho na conta de paliativa, quiçá negativa. Se raciocinarmos com problemas de saúde, quem defenderia o simples aumento do número de médicos e de leitos em hospitais em vez de estimular campanhas de vacinação? Ou administrar antitérmicos, em vez de procurar a causa da febre?” (Estatística judiciária. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 110, ano 28, p. 9-18, abr./jun. 2003. p. 12-13). Recorrendo a semelhante analogia, José

dentro das cortes. Assim, a questão pode ser dirimida, no âmbito dos tribunais estaduais e regionais federais, mediante a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976 e seguintes do CPC/2015), em caráter repressivo – isto é, depois de constatada a multiplicidade de processos sobre a questão, que representem “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”⁵⁴⁶, ou mediante a instauração de incidente de assunção de competência (artigo 947 do CPC/2015), em caráter preventivo – ou seja, quando a questão for relevante e de repercussão social, a despeito de inexistir repetição em múltiplos processos. A instauração de ambos os incidentes pode dar-se de ofício, a requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.⁵⁴⁷

No âmbito dos tribunais superiores, a eliminação de posicionamentos dissonantes *interna corporis* ocorre especialmente mediante a interposição de embargos de divergência (artigos 1.043 e 1.044 do CPC/2015) – que se dá por iniciativa da parte, desde que presentes todos os requisitos exigidos pela lei processual.⁵⁴⁸ Trata-se de um meio de impugnação de notável importância no sistema recursal brasileiro que permite a eliminação dos dissídios jurisprudenciais exurgidos no interior das próprias cortes de vértice, incumbidas constitucionalmente de zelar pela unidade do direito. Ora, só se

Joaquim Calmon de Passos faz a seguinte dedução: “se num país abundam médicos, hospitais, preventórios, etc., é porque a saúde do povo vai muito mal. O mesmo vale para o direito. Quando se exigem muitos juízes, muitos tribunais, muitos advogados privados ou públicos e há milhões de processos em curso, isso é sinal evidente de que socialmente este país está de mal a pior. E a doença que o direito cuida chamam-na inadequadamente de injustiça, mas devia ser mais bem qualificada como falência das instituições sociais” (O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Fórum, ano 7, v. 24, p. 9-17, jan/mar. 2009. p. 10-11).

⁵⁴⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁵⁴⁷ Conforme artigo 977 e artigo 947, § 1º, ambos do CPC/2015 – respectivamente, quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas e quanto ao incidente de assunção de competência.

⁵⁴⁸ Como será desenvolvido ao longo do capítulo terceiro deste trabalho.

pode falar em uniformização de jurisprudência e em coerência do ordenamento jurídico se dos tribunais superiores emanar um único sentido, como o mais acertado diante de determinadas circunstâncias.⁵⁴⁹

Afora o dissídio interno, comumente ocorrem divergências externas, seja pelo viés horizontal (isto é, entre tribunais de mesma hierarquia – por exemplo, entre tribunais estaduais), seja pelo viés vertical (entre tribunais de hierarquias diferentes – por exemplo, entre tribunal estadual e tribunal superior). As dissidências jurisprudenciais verificadas entre tribunais situados no mesmo grau de jurisdição são elimináveis pela interposição de recurso especial (artigo 105, inciso III, alínea ‘c’, da CF/1988⁵⁵⁰) endereçado ao Superior Tribunal de Justiça⁵⁵¹. Se a divergência

⁵⁴⁹ Como assenta Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “bastante importante é a questão do ordenamento como sistema unitário, isto é, a sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo” (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.p. 176).

⁵⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

⁵⁵¹ À exceção das dissidências verificadas entre turmas recursais, no âmbito dos juizados especiais federais, a cuja solução a Lei n. 10.259/2001, em seu artigo 14, prevê o incidente de uniformização de jurisprudência (BRASIL. *Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>.

Acesso em: 7 jan. 2017). No âmbito dos juizados especiais estaduais, por sua vez, na ausência de disposição legal a respeito, só há remédio à divergência verificada entre o acórdão da turma recursal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, na vigência do CPC/2015, o STJ editou a Resolução n. 03/2016 prevendo competir “à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça [...] processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes” (BRASIL. Superior

for, no entanto, entre tribunal de segundo grau (estadual ou regional federal) e entendimento exarado por tribunal superior, pode ensejar recurso especial (se a dissidência for com relação ao Superior Tribunal de Justiça) ou reclamação⁵⁵², conforme o caso.

A lei processual prevê mecanismos voltados à eliminação tanto dos dissídios internos quanto dos externos aos tribunais a fim de que a prestação jurisdicional seja equânime (consideradas certas circunstâncias), e de que não se protraíam distinções ilegítimas. Há que se resguardar, acima de tudo, a segurança jurídica concebida pelos prismas da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade, de modo que os jurisdicionados possam ter ciência da orientação firmada nos tribunais, cultivar a confiança no Poder Judiciário, antever as consequências de seus atos e planejar suas ações (como desenvolvido na seção 1.1.3). Em síntese, a uniformização jurisprudencial assegura a força e a autoridade do direito, na acepção de Alfredo Buzaid.⁵⁵³

É cediço que existem outros meios voltados à manutenção da unidade do direito – a exemplo das súmulas, dos julgamentos de casos repetitivos e das decisões emanadas pelos plenários dos tribunais –, adotadas como providência essencial à manutenção da própria coerência do ordenamento jurídico. Para o escopo

Tribunal de Justiça. *Resolução STJ/GP n. 3, de 7 de abril de 2016*. Dispõe sobre a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PR_E.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2017).

⁵⁵² O artigo 988 do CPC/2015 prevê que “cabará reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; [...] III – garantir a observância de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁵⁵³ BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985. p. 212.

deste trabalho, impende analisar os meios recursais de contenção dos dissídios jurisprudenciais.

2.3.4 Meios recursais de contenção da divergência jurisprudencial no direito brasileiro

O sistema recursal brasileiro contempla rol taxativo de recursos que mantêm em comum a característica de viabilizar um reexame da decisão impugnada, em maior ou menor grau, conforme o espectro de devolução da matéria recorrida e conforme o interesse recursal do recorrente.⁵⁵⁴

Alguns desses meios de impugnação pressupõem, além dos requisitos genéricos de admissibilidade⁵⁵⁵, um requisito específico: a existência de divergência jurisprudencial, seja ela endógena ou exógena ao tribunal. Outros recursos, a despeito de não exigirem a verificação do dissídio para fins de interposição, exercem, em certa medida, função uniformizadora ao provocarem o pronunciamento do tribunal acerca de determinada questão de direito. Diz-se, assim, que tais recursos possuem não só um fim mediato (que se traduz no interesse do recorrente), como também um fim imediato (que coincide com a persecução da unidade interpretativa do direito).⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Como aduzem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “a doutrina aponta três fundamentos que justificam a existência de recursos contra decisões judiciais em um sistema jurídico: 1º) o inconformismo das partes quanto à decisão proferida contrariamente a seu interesse; 2º) o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida corretamente; 3º) em alguns sistemas jurídicos, como o brasileiro, a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal” (*Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 32).

⁵⁵⁵ Tanto os intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse para recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) quanto os extrínsecos (tempestividade, preparo e regularidade formal), na classificação de José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 263).

⁵⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 225. Nas palavras do autor, “quando nossos Tribunais acolhem recurso fundado em divergência jurisprudencial (v.g., na hipótese da CF, art. 105, III, c), dois interesses são atendidos: o imediato ou particular, do recorrente, que quer ver prevalecer sua pretensão, e um mediato ou público, representado pelo interesse geral –

Na instância ordinária, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, não há recurso com o propósito de elidir a dispersão jurisprudencial. Cabe rememorar que o diploma vigente suprimiu os embargos infringentes do rol de recursos, substituindo-o pelo procedimento previsto no artigo 942⁵⁵⁷ do CPC/2015, que impõe o prosseguimento do julgamento da apelação nos casos em que o resultado não for unânime.⁵⁵⁸ Embora se erija na mesma lógica que outrora inspirou a concepção dos embargos infringentes no direito brasileiro, a técnica⁵⁵⁹ é destituída de natureza recursal, de forma a não contemplar o rol dos recursos voltados à eliminação da divergência, que ora se delinea.

Dessa forma, na instância ordinária, há meios de combater a dispersão jurisprudencial – a exemplo da complementação do julgamento da apelação (artigo 942), do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976)⁵⁶⁰ – e de preveni-la – como o

porque de todos os jurisdicionados – a uma resposta judiciária equânime, na qual a *isonomia judiciária* venha completar a *isonomia legal* [Grifos do autor]” (*Idem*). É dizer: “a satisfação do interesse dos particulares nada mais representa que um efeito indireto e acessório as satisfação do interesse público [Tradução nossa]”, como consigna Renzo Provinciali (*Delle impugnazioni in generale*, p. 78). No original: “*il soddisfacimento dell’interesse dei singoli non rappresenta che un effetto indireto ed accessorio della soddisfazione dell’interesse pubblico*”.

⁵⁵⁷ Prevê o artigo que “quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁵⁵⁸ Esse procedimento previsto no artigo 942 é denominado por Araken de Assis de “incidente de ampliação do quórum da deliberação” (*Manual dos recursos*, p. 916).

⁵⁵⁹ Se é que se pode assim denominar.

⁵⁶⁰ O incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser instaurado quando houver, simultaneamente: “I – efetiva repetição de processos que contenham a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” e, ainda, desde que não haja recurso

faz o incidente de assunção de competência (artigo 947).⁵⁶¹ Nenhum deles, todavia, constitui recurso.

O mesmo não se verifica na instância extraordinária. Em consonância com a função constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores, o ordenamento jurídico brasileiro prevê recursos voltados especificamente à eliminação de dissídios jurisprudenciais⁵⁶², tanto entre tribunais (divergência externa) quanto entre órgãos colegiados do mesmo tribunal (divergência interna).

Em primeiro lugar, cita-se o recurso especial fundado em divergência jurisprudencial. Conforme dicção do artigo 105, inciso III, alínea “c”, da CF/1988, o recurso especial pode ser interposto nos casos em que a decisão, proferida em única ou última instância pelos tribunais (regionais federais ou estaduais), “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.⁵⁶³ Daí se extrai que o propósito

especial afetado pelo Superior Tribunal de Justiça “para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁵⁶¹ Embora o incidente de assunção de competência não pressuponha efetiva repetição de processos acerca da mesma questão de direito – diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas – provoca o pronunciamento do órgão colegiado do respectivo tribunal (de justiça ou regional federal) sobre “relevante questão de direito” (artigo 974, *caput*), decisão esta que “vinculará todos os juízes e órgãos fracionários” (artigo 947, § 3º). Diante disso, é indiscutível que o incidente viabiliza o exercício da função uniformizadora dos tribunais ao ensejar a fixação da interpretação que deve ser conferida a determinada questão de direito. Daí poder-se dizer que o incidente possibilita a contenção de dissídios jurisprudenciais de forma preventiva no âmbito do respectivo tribunal.

⁵⁶² Pedro Miranda de Oliveira aduz, com precisão, que “a inteireza positiva do direito federal seria ferida se não se atribuisse aos recursos excepcionais a missão de assegurar a uniformidade de interpretação das normas jurídicas positivas” (Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1541).

⁵⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

subjacente à interposição do recurso nessa hipótese é elidir a divergência externa aos tribunais de segunda instância, uniformizando a jurisprudência sobre dada questão de direito – razão pela qual é identificada como a hipótese que consubstancia a “mais importante função do recurso especial”, na visão de Sálvio de Figueiredo Teixeira.⁵⁶⁴

As hipóteses de cabimento do recurso especial cingem-se ao objetivo comum de conferir univocidade interpretativa à lei federal.⁵⁶⁵ Sendo assim, todas se referem à lei federal, seja porque fora violada; seja porque um tribunal lhe haja dado interpretação divergente de outro tribunal; seja porque a decisão recorrida tenha julgado válido ato de governo local contestado em face de lei federal. Em qualquer das hipóteses, portanto, a interposição do recurso provoca o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça acerca de determinada questão de direito federal – o que, por si só, permite concluir que a decisão daí oriunda se reveste de caráter paradigmático, considerando-se a função constitucionalmente atribuída a este tribunal.⁵⁶⁶

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

⁵⁶⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 48, p. 5-19, mar. 1990. p. 8.

⁵⁶⁵ Nas palavras de Flávio Cheim Jorge e Felipe Teles Santana, “em resumo, portanto, o que se deve ter por sólido acerca do papel do STJ, no exercício da sua competência recursal especial (excepcional), é que sua função se reveste de caráter técnico-jurídico, com olhos voltados para o direito objetivo federal, de modo a zelar pela sua incolumidade (princípio da incolumidade do direito objetivo), emprestando-lhe a coerência de sentido, primando por interpretar o direito federal a partir de premissas universalizáveis – o tanto quanto possível –; logo, decidindo de forma paradigmática” (Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 213, p. 337-361, nov. 2012. p. 346).

⁵⁶⁶ O recurso especial, como leciona Sálvio de Figueiredo Teixeira, é “destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre o interesse das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e

Todavia, apenas uma das hipóteses de cabimento do recurso especial tem o propósito de eliminar dissidências jurisprudenciais verificadas nos tribunais de segundo grau (de justiça e regionais federais).⁵⁶⁷ Para a demonstração do dissídio jurisprudencial, exige-se o cotejo analítico, capaz de elucidar a similitude fática e jurídica entre os casos confrontados e a disparidade das interpretações conferidas à lei federal⁵⁶⁸ – na forma do artigo 255, § 1º⁵⁶⁹, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Não se trata, porém, de hipótese autônoma na medida em que o dissídio jurisprudencial (artigo 105, inciso III, alínea “c”) pressupõe também ter havido afronta à lei federal (artigo 105, inciso III, alínea “a”).⁵⁷⁰ A interposição de recurso especial com

a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato e nem representa terceira instância” (O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 48, p. 5-19, mar. 1990. p. 7).

⁵⁶⁷ Explicita Manoel Lauro Volkmar de Castilho que “a razão da admissibilidade do recurso pela divergência está na conveniência de homogeneizar a jurisprudência sobre a lei federal entre os tribunais de 2º grau que a aplicam, com a finalidade de estabilizar a interpretação respectiva, dado o evidente interesse social daí resultante” (Notas sobre o processamento do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 48, v. 281, p. 18-28, mar. 2001. p. 25).

⁵⁶⁸ BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

⁵⁶⁹ Dispõe o artigo 255, § 1º, do RISTJ que “quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁵⁷⁰ MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 107. Na dicção do autor, “a divergência de jurisprudência não é, de

fulcro na divergência objetiva, em última análise, a prevalência da tese jurídica privilegiada no acórdão invocado como paradigma, daí exsurgindo a contrariedade⁵⁷¹ à lei federal.⁵⁷²

Embora não traga a divergência entre tribunais entre as hipóteses de cabimento (tal qual o recurso especial), o recurso extraordinário também desempenha função importante na medida em que provoca a prolação de acórdãos que traduzem o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre dispositivos constitucionais – orientando, portanto, a interpretação nos demais

fato, outra coisa senão uma forma bastante oblíqua de se chegar, ao fim e ao cabo, à afirmação de uma violação ao texto da lei” (*Idem*).

⁵⁷¹ Quanto à contrariedade e à negativa de vigência mencionadas no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CF/1988, Arruda Alvim aduz que bastaria falar-se em contrariedade para englobar-se, também a negativa de vigência. Contudo, ao prever ambas no texto constitucional, o constituinte equivaliu contrariedade e negativa de vigência à lei federal, para fins de cabimento do recurso especial (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 42). Rodrigo Barioni, por sua vez, sustenta que os termos não coincidem, mas apresentam relação de continência: ao mencionar-se “contrariedade” já estaria compreendida a “negativa de vigência” (*Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, p. 231). De maneira diversa, entende Rodolfo de Camargo Mancuso que as expressões não se confundem nem mantêm relação de continência. Diz o autor que “contrariamos a lei quando nos distanciamos da *mens legislatoris*, ou da finalidade que lhe inspirou o advento; e bem assim quando a interpretamos mal e lhe desvirtuamos o conteúdo. Negamos-lhe vigência, porém, quando declinamos de aplicá-la, ou aplicamos outra, aberrante da *fattispecie*; quando a exegese resulta, como na imagem antiga, em fazer do *quadrado, redondo e do branco, negro*; interpretação *contra legem*; ou, enfim, quando o aplicador da norma atua em modo delirante, distanciando-se de todo do texto de regência, fazendo, assim, papel de *criador* da norma [Grifos do autor]” (*Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 216). Entendimento similar é sustentado por Vicente Greco Filho, para quem “contrariar a lei significa desatender seu preceito, sua vontade; negar vigência significa declarar revogada ou deixar de aplicar a norma legal federal” (*Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 373).

⁵⁷² BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, p. 241.

tribunais.⁵⁷³ Então, ainda que os acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário (controle difuso de constitucionalidade) não acarretem as mesmas consequências que aqueles oriundos do controle concentrado de constitucionalidade (eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao Poder Judiciário e à Administração Pública)⁵⁷⁴, devem ser observados pelo fato de emanarem do tribunal incumbido de resguardar e dar a última palavra sobre a Constituição, especialmente se o recurso for julgado pelo Plenário do STF – o que ocorre nos casos em que se considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, por iniciativa do relator (artigo 22⁵⁷⁵ do RISTF) ou, na sua omissão, por iniciativa da turma (artigo 11, inciso I⁵⁷⁶, do RISTF).

⁵⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 227.

⁵⁷⁴ Eis o que prevê o artigo 102, § 2º, da CF/1988, com redação dada pela EC n. 45/2004: “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁵⁷⁵ Impende destacar o inteiro teor do artigo 22, do RISTF: “o Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que dividam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário. b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

⁵⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

A interposição do recurso extraordinário pressupõe, entre outros, que a questão de fundo se revista de repercussão geral.⁵⁷⁷ O requisito, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004⁵⁷⁸, constitui um filtro a restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal à apreciação de questões constitucionais que apresentem relevância e transcendência.⁵⁷⁹

Nesse contexto, é acertado dizer que a repercussão geral evidenciou o que se convencionou denominar de *objetivação do recurso extraordinário*⁵⁸⁰ na medida em que prestigia o interesse

⁵⁷⁷ Conforme previsto no artigo 102, § 3º, da CF/1988, com redação dada pela EC n. 45/2004, “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁵⁷⁸ Como visto na seção 2.2.2 deste trabalho.

⁵⁷⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 291. Na dicção do artigo 322, do RISTF, “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

⁵⁸⁰ Eduardo de Avelar Lamy faz importante ressalva ao consignar que “mesmo antes da promulgação da Emenda n. 45, portanto antes da inserção da súmula de efeitos vinculantes e da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário em nosso ordenamento jurídico, já se detectavam indícios de uma tendência intitulada de objetivação do recurso extraordinário, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, durante os debates havidos no julgamento da MC272-9-RJ, ante a concessão, naquele caso, de medida liminar referendada pelo plenário, de relatoria da Ministra Ellen Gracie Northfleet, que determinou a suspensão dos feitos nos quais havia controvérsia sobre a existência do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), no âmbito da seção judiciária do Rio de Janeiro, até que esta fosse dirimida pelo julgamento do recurso extraordinário” (A volta da arguição de relevância? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, p. 173).

público subjacente à insurgência recursal manejada pelas partes.⁵⁸¹ Por consectário, pode-se afirmar que há uma aproximação do controle difuso ao controle concentrado de constitucionalidade, que constitui processo objetivo em essência.⁵⁸²

Já dizia Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que o escopo do processo ultrapassa os interesses subjetivos: é, precipuamente, “a atuação da lei, a realização do direito objetivo [Grifo do autor]”.⁵⁸³ No mesmo sentido, Ovídio A. Baptista da Silva escreveu que o Poder Judiciário tem por função precípua, à luz da ordem constitucional vigente, “assegurar a aplicação do direito objetivo, exercendo a atividade jurisdicional”.⁵⁸⁴

Com propósito semelhante ao que inspirou a inclusão da repercussão geral no direito brasileiro, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional n. 209/2012, que intenta inserir o § 1º no artigo 105 da Constituição Federal, acrescentando como requisito à interposição de recurso especial a

⁵⁸¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 208. Com precisão, afirma o autor que “o exame do caso concreto é uma consequência da sedimentação da tese, ou seja, da correta interpretação das questões jurídicas debatidas naquele processo” (*Idem*). No mesmo sentido, José Neri da Silveira assenta que com a repercussão geral “o recurso extraordinário, a par de sua natureza de apelo extremo em processo subjetivo, com eficácia ‘inter partes’, adquire dimensões peculiares ao processo objetivo, em razão de o requisito da ‘repercussão geral’ compor, também, a essência do recurso extraordinário, afetando-lhe o juízo de conhecimento [Grifos do autor]” (Reflexos da exigência de “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” sobre a natureza e amplitude do recurso extraordinário. *A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF / Secretaria de Documentação, 2013. p. 250).

⁵⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80. Consignam os autores que “se por um lado as ações de controle abstrato são seguramente processos objetivos, por outro se pode afirmar [...] que existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal” (*Idem*).

⁵⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, p. 40.

⁵⁸⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, p. 52.

“relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”.⁵⁸⁵ Entende-se que a iniciativa propõe um refinamento maior das questões submetidas a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (tribunal incumbido de dar a última palavra sobre direito federal). A ser aprovada a proposta e a se repetir o que ocorreu no Supremo Tribunal Federal após o advento da repercussão geral, certamente surtirá efeitos positivos quanto à contenção de litígios e à redução do número de recursos que ascendem ao órgão de cúpula.

A interposição de recurso especial e recurso extraordinário, enquanto recursos excepcionais, é condicionada à verificação de requisitos específicos, entre os quais o prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias.⁵⁸⁶ Significa dizer que só após percorrida toda a marcha processual, com o esgotamento da “recorribilidade nas instâncias ordinárias”, pode-se devolver a questão ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso especial ou recurso extraordinário, respectivamente.⁵⁸⁷ Deflui daí

⁵⁸⁵ Eis a redação do § 1º, que se pretende incluir no artigo 105, da CF/1988: “no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento” (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 209, de 23 de agosto de 2012*. Insere o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e renúmera o parágrafo único. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>>. Acesso em: 21 jan. 2017).

⁵⁸⁶ Isso justifica o enunciado de Súmula n. 281, do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 281*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 24 set. 2016). A mesma lógica seguia o enunciado de Súmula n. 207, do STJ (“É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”), que não mais subsiste porquanto o CPC/2015 tenha suprimido os embargos infringentes do rol de recursos.

⁵⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da Lei n. 10.325 de 26/12/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição.

a impossibilidade de interposição de recurso especial e recurso extraordinário *per saltum*.⁵⁸⁸

Outro requisito ínsito aos recursos excepcionais é o prequestionamento⁵⁸⁹, que na lição de Araken de Assis “consiste na afloração da questão federal no acórdão impugnado”.⁵⁹⁰ Em uma perspectiva histórica, José Ignacio Botelho de Mesquita pontua que o prequestionamento era, na realidade, o questionamento sobre que versava a Constituição de 1981, de

Genesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Genesis, v. 25, p. 502-517, jul./set. 2002. p. 505.

⁵⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 276. Em sentido contrário, Pedro Miranda de Oliveira defende a viabilidade de interposição do recurso extraordinário *per saltum* nas hipóteses em que as partes convencionarem, por exemplo, por negócio jurídico processual, que da sentença não caberá apelação, mas apenas recurso extraordinário – como forma de imprimir maior celeridade ao processo. Nas palavras do autor, “no momento em que o legislador brasileiro prevê a possibilidade de flexibilização do procedimento, a meu ver, abriu a possibilidade de convenção das partes no que se refere ao cabimento de recurso extraordinário *per saltum*. É a aplicação pura da *ratio decidendi* contida na Súmula 640 do STF [Grifos do autor]” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 322). Com relação ao recurso especial, o autor entende, em primeira reflexão, não ser cabível *per saltum*, “pois esbarraria na exigência constitucional de existência de decisão de única ou última instância *proferida por tribunal* (CF, art. 105, III) [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 325).

⁵⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p. 200-234, out./dez. 1996. p. 225. Na dicção do autor, “precisamente porque o prequestionamento é da essência mesma destes recursos, seja ele implícito ou explicitamente presente em cada caso concreto, o certo é que, para que esteja declarada aberta a via do extraordinário ou do especial, é necessário que esteja a matéria federal (constitucional ou infra-constitucional, conforme a hipótese) previamente debatida (existente) nos autos. Sem que isto se dê, simplesmente, não há o que ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, em última análise, pela não-aplicação do princípio *iura novit curia* nas instâncias extraordinárias [Grifos do autor]” (*Idem*).

⁵⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 918.

forma que só poderia ser explícito (como expressão do ato de questionar).⁵⁹¹

A despeito da confusão por vezes operada na prática forense, Pedro Miranda de Oliveira adverte que não é o prequestionamento – e sim, a causa decidida – o requisito necessário à interposição de recurso especial e extraordinário. Assim, “o prequestionamento é, na verdade, a discussão prévia da questão constitucional debatida durante o processo e que constitui o pressuposto lógico para que se tenha uma *causa decidida* [Grifos do autor]”.⁵⁹²

Araken de Assis, por sua vez, pontua que o prequestionamento não advém da iniciativa das partes, mas sim do enfrentamento da questão pelo órgão julgador.⁵⁹³ Assim também aduz Alexandre Reis Siqueira Freire, ao consignar ser “exigência da rubrica constitucional *causas decididas* [Grifos do autor]” que tenha havido prévio enfrentamento da matéria suscitada no recurso especial pelo tribunal *a quo*.⁵⁹⁴

A discussão em torno do prequestionamento – enquanto ato das partes, manifestação expressa do tribunal sobre a questão debatida ou um misto das duas concepções – tinha relevo na vigência do CPC/1973, quando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal mantinham entendimentos antagônicos acerca dos elementos necessários ao preenchimento deste requisito. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça entendia ser necessário o prequestionamento explícito, ou seja, que a matéria tivesse sido enfrentada, explicitamente, no acórdão

⁵⁹¹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A nova lei de recursos (Lei 8.038/90). In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 189.

⁵⁹² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 172.

⁵⁹³ ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 288, p. 5-27, out. 2001. p. 14. Na dicção do autor, “a regra é enganadoramente simples: cabem recursos especial e extraordinário quando há questão decidida no pronunciamento impugnado, seja a decisão produzida pela iniciativa das partes ou não; ao invés, não cabem tais recursos se o órgão judiciário se omitiu acerca de qualquer questão” (*Ibidem*, p. 19).

⁵⁹⁴ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. O recurso especial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 17-26, t. 1, abr/jun. 2011. p. 21.

recorrido,⁵⁹⁵⁻⁵⁹⁶ o Supremo Tribunal Federal sustentava que a oposição de embargos de declaração pela parte, ainda que não acolhidos, bastava para a configuração do prequestionamento. Só após, o STJ passou a adotar o mesmo entendimento sustentado pelo STF, compreendendo que o requisito estaria suprido ainda que houvesse prequestionamento implícito – isto é, “quando a

⁵⁹⁵ Luís Eduardo Simardi Fernandes coadunava com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sustentava o autor que “os embargos ‘prequestionadores’, uma vez rejeitados, não terão cumprido o papel que lhes fora destinado, pois falharam na missão de provocar a manifestação sobre a questão federal ou constitucional. Servirão, isso sim, para demonstrar o empenho da parte em obter a satisfação do requisito do prequestionamento, mas não serão suficientes para preencher essa exigência. Nesse contexto, deixando o aresto de enfrentar a matéria federal ou constitucional, e rejeitados os embargos declaratórios opostos com o intuito de sanar essa omissão, entendemos que o recurso especial ou extraordinário que vier a ser interposto sob alegação de violação de lei federal ou constitucional, não apreciada pelo órgão *a quo*, não deve mesmo ser conhecido, pois desatendido o indispensável prequestionamento [Grifo do autor]” (*Embargos de declaração*: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 264). No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Lima Freire reconhecia que o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça possuía “amparo jurídico-constitucional, na medida em que só se interpõe recurso especial de causas efetivamente decididas” (Pquestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 974).

⁵⁹⁶ FREIRE. Alexandre Reis Siqueira. O recurso especial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 17-26, t. 1, abr/jun. 2011. p. 22. Explica o autor que o entendimento assentado no Superior Tribunal de Justiça, à época, era de que, mesmo que a parte opusesse embargos de declaração com o fito de sanar a omissão verificada no acórdão, caso o recurso não fosse conhecido (mantendo, portanto, a omissão), a causa não teria sido decidida. Nesses casos, incumbia ao recorrente interpor recurso especial para que o STJ anulasse o julgamento e determinasse ao tribunal *a quo* o enfrentamento da matéria. Com razão o autor ao apontar que “esse entendimento acarreta sucessivos recursos que ocupam desnecessariamente a pauta do Poder Judiciário” (*Idem*).

questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não foi mencionada no acórdão”.⁵⁹⁷

Ambos os entendimentos não passaram ao largo de críticas. Por um lado, havia o rigor da Súmula n. 211⁵⁹⁸ do STJ, que fazia recair sobre a parte efeitos perniciosos da inação do órgão julgador: se, a despeito da oposição de embargos de declaração, não houvesse enfrentamento da questão, inadmissível seria o recurso especial diante da ausência de causa decidida. Por outro lado, havia o equívoco da Súmula n. 356⁵⁹⁹ do STF, que convolava em ato da parte o pressuposto necessário à verificação do prequestionamento: imputava à parte o ônus de opor embargos de declaração para prequestionar, independentemente do enfrentamento da matéria pelo órgão julgador.⁶⁰⁰

O Código de Processo Civil de 2015 findou o impasse ao prever, em seu artigo 1.025, que os elementos suscitados pela parte em sede de embargos de declaração consideram-se incluídos no acórdão para fins de prequestionamento, mesmo se os aclaratórios forem inadmitidos ou rejeitados.⁶⁰¹ Positivou-se, portanto, o entendimento outrora sustentado pelo STF, pacificando a questão e a Súmula n. 211 do STJ, por

⁵⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 278.

⁵⁹⁸ Conforme o enunciado n. 211, do STJ, é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 212*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27211%27>>. Acesso em: 26 jan. 2017).

⁵⁹⁹ De acordo com o enunciado n. 356, do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 356*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 26 jan. 2017).

⁶⁰⁰ ASSIS, Araken de. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 288, p. 5-27, out. 2001. p. 21-22.

⁶⁰¹ BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

consequência, restou superada.⁶⁰² Ademais, ainda que a questão seja ventilada no voto vencido, estará configurado o prequestionamento na medida em que referido voto, que deve ser necessariamente declarado, passa a integrar o acórdão para todos os efeitos, inclusive para fins de prequestionamento.^{603_604}

A função uniformizadora dos recursos especial e extraordinário é potencializada quando tais recursos são submetidos ao procedimento previsto nos artigos 1.036 e seguintes do CPC/2015. O julgamento dos recursos repetitivos forma, em conjunto com o incidente de resolução de demandas repetitivas, o que se convencionou denominar de *microsistema de julgamento de recursos repetitivos*.⁶⁰⁵

Assim, quando houver multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários sobre a mesma questão de direito, ocorrerá afetação para julgamento de recursos repetitivos, na forma prevista em lei. Marcus Vinícius Motter Borges faz pertinente ressalva quanto à seleção dos recursos representativos da controvérsia. Afirma que, em razão da importância de que se reveste o julgamento de recursos repetitivos (em especial, na fixação da jurisprudência sobre a questão jurídica controvertida),

⁶⁰² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 199.

⁶⁰³ Nos termos do artigo 941, § 3º, do CPC/2015, “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁶⁰⁴ Em razão dessa previsão insculpida no artigo 941, § 3º, do CPC/2015, resta superado o enunciado de Súmula n. 320, do STJ, conforme consignado no enunciado n. 200, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “fica superado o enunciado 320 da súmula do STJ (“A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”)” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 200*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

⁶⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 590.

“deverão ser escolhidos aqueles processos que: (a) possuem maior diversidade de fundamentos no acórdão recorrido e; (b) contêm maior diversidade de argumentos na peça recursal”.⁶⁰⁶ Assim, selecionados os recursos, a afetação acarreta a suspensão de todos os processos em trâmite no país⁶⁰⁷, a fim de que, fixada a tese jurídica acerca da questão de direito pelo órgão de cúpula (STJ ou STF, conforme se trate de direito federal ou constitucional), seja aplicada aos demais casos.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ BORGES, Marcus Vinícius Motter. *O julgamento por amostragem nos recursos especiais repetitivos: celeridade e efetividade da prestação jurisdicional no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

⁶⁰⁷ Eis o que consta no artigo 1.037 do CPC/2015: “selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁶⁰⁸ Conforme o artigo 1.040 do CPC/2015, “publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

Outra peculiaridade desse procedimento, que se coaduna com o propósito uniformizador e evidencia a função precípua dos tribunais superiores, é a possibilidade de admissão de *amicus curiae* com o escopo de ampliar o debate e contribuir para a fixação da tese, com o acréscimo de argumentos pertinentes ao tema.⁶⁰⁹ Essa participação de interessados guarda nítida coerência com o caráter publicístico do processo, subjacente ao julgamento de recursos repetitivos: muito além do julgamento do recurso especial ou extraordinário afetado, busca-se a definição da interpretação jurídica que deve prevalecer, em relação a determinada questão de direito.

No mesmo sentido se orienta a previsão de que a desistência do recorrente não obsta o julgamento do recurso, tal qual preconiza o artigo 998, parágrafo único⁶¹⁰ do CPC/2015. O dispositivo é a expressão máxima de que o interesse público (enfrentamento da tese jurídica pelo órgão de cúpula) se sobrepõe ao interesse particular (julgamento do recurso da parte), muito embora a interposição do recurso seja condição para que a questão seja remetida ao tribunal superior.

Afora o recurso especial, o recurso extraordinário e o julgamento de recursos repetitivos, há outros mecanismos voltados à uniformização jurisprudencial – a exemplo das

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁶⁰⁹ Dispõe o artigo 1.038 do CPC/2015, que “o relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁶¹⁰ Impende reproduzir o teor do artigo 998, parágrafo único, do CPC/2015, *in verbis*: “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016).

súmulas de jurisprudência dominante⁶¹¹, das súmulas vinculantes⁶¹² e, em grau máximo, das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por previsão expressa da

⁶¹¹ Na visão de José Ignacio Botelho de Mesquita, “a Súmula da Jurisprudência Predominante no STF, dada a estrutura que lhe foi atribuída pelo STF, cumpre uma dupla função: a de uniformizar a Jurisprudência e a de propiciar a formação jurisprudencial do direito” (A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, 216). José Carlos Barbosa Moreira, ao versar sobre súmula, leciona que etimologicamente a palavra “é diminutivo de ‘suma’, do latim ‘*summa*’, que significava ‘o total’, ‘a totalidade’, e também ‘resumo, epitome’. [...]. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal, a fim de facilitar o trabalho de juízes e advogados, resolveu compendiar as teses jurídicas firmemente consagradas em suas decisões e, para tanto, instituiu uma ‘*Súmula da jurisprudência predominante*’, composta de certa quantidade (que, com o tempo, aumentaria) de proposições que traduziam aquelas teses. A ‘*Súmula*’, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita ‘pelo número do enunciado’, dispensaria, perante a Corte, ‘a indicação complementar de julgados no mesmo sentido’. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria ‘*Súmula*’, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de ‘*Súmula*’ corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade de teses compendiadas [Grifos do autor]” (A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 39-46, mar./abr. 2005. p. 42-43).

⁶¹² Referida súmula, como sugere a própria denominação, tem *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública (na dicção do artigo 103-A, da CF/1988). Sua inobservância enseja o cabimento de reclamação, com fulcro no artigo 103-A, § 3º, da CF/1988, com redação dada pela EC 45/2004: “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

Constituição Federal). Todos esses meios, todavia, são destituídos de caráter recursal.

Especificamente, no rol de recursos, a lei processual prevê os embargos de divergência como meio de impugnação hábil a sanar as dissidências jurisprudenciais internas aos tribunais superiores,⁶¹³ conforme se abordará na seção 2.4 a seguir.

2.4 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E SUPRESSÃO DE POSICIONAMENTOS DISSONANTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os embargos de divergência são o meio de impugnação⁶¹⁴ que constitui “a última etapa da uniformização jurisprudencial”⁶¹⁵ e que viabiliza a eliminação das divergências verificadas no âmbito dos próprios tribunais incumbidos de zelar pela unidade do direito.⁶¹⁶ Por um lado, é recurso interponível pelas partes

⁶¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 1152. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 265.

⁶¹⁴ Relembre-se que os meios de impugnação compreendem os recursos (categoria a que se subsume os embargos de divergência) e as ações autônomas de impugnação (MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24).

⁶¹⁵ Como pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência “constituem a última etapa da uniformização jurisprudencial, e pressupõem casos idênticos ou assemelhados tais como dimensionados no acórdão embargado e no acórdão indicado como paradigma” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.177.349/ES. Relator Ministro Ari Pargendler. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 15 maio 2013. Publicação 29.05.2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteior/?num_registro=201201876968&dt_publicacao=29/05/2013>. Acesso em: 26 jan. 2017).

⁶¹⁶ Diz Yuri Guezert Teixeira que “os embargos de divergência são um imprescindível instrumento de uniformização da jurisprudência, haja vista oportunizarem um ato de fala do tribunal superior sobre questões controvertidas no seio da própria corte, fulminando o impasse jurisprudencial” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-340, mar. 2013. p. 321).

sempre que houver dissenso entre órgãos colegiados do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sobre determinada questão de direito. Noutra senda, a interposição do recurso é meio corretivo⁶¹⁷ que permite a supressão da divergência *interna corporis* dos tribunais superiores.⁶¹⁸

Então, após abordar os contornos do princípio da segurança jurídica (no primeiro capítulo), o papel dos tribunais superiores e a dissidência jurisprudencial no direito brasileiro (neste capítulo), importa analisar o meio de impugnação voltado a eliminar o que constitui verdadeira contradição: a divergência verificada no interior dos tribunais cuja função precípua é a uniformização jurisprudencial.⁶¹⁹

Para atingir esse propósito, inicia-se discorrendo sobre a natureza jurídica dos embargos de divergência e sua classificação à luz do processo civil brasileiro. Em seguida, analisam-se suas origens no direito nacional para, no capítulo terceiro, examinar os embargos de divergência na configuração que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015.

⁶¹⁷ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 84, ano 21, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 127.

⁶¹⁸ ABDO, Helena Najjar. Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 229. Na dicção da autora, “conquanto objetivem uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores *interna corporis*, os embargos de divergência, por consistirem em um meio corretivo e não preventivo, acabam, também, por reformar decisões que ofendem a lei federal ou a Constituição” (*Idem*).

⁶¹⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 11. Diz o autor que “se constitui papel fundamental a busca da uniformização da interpretação da norma federal entre os diversos tribunais, com maior razão ainda é inaceitável a existência da divergência interpretativa interna dentro dos próprios Tribunais Superiores” (*Idem*).

2.4.1 Natureza jurídica dos embargos de divergência

Os embargos de divergência, recurso⁶²⁰ previsto no artigo 994, inciso IX, do CPC/2015, têm por finalidade essencial uniformizar a jurisprudência interna do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Alfredo de Araújo Lopes da Costa conceitua recurso como “o meio de que se vale a parte, para, anulado ou modificado um ato do juiz, conseguir situação processual mais favorável”.⁶²¹ Para José Carlos Barbosa Moreira, recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”.⁶²² Na dicção de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, recursos “são os meios jurídicos (não os remédios) processuais” ao dispor das partes e terceiros para devolver a questão a novo julgamento, seja por tribunal diverso, seja pelo próprio tribunal que proferiu a decisão.⁶²³ Miguel Seabra Fagundes, por sua vez, leciona que recurso é “o meio através do qual, por imposição da lei ou sob provocação do interessado (parte, litisconsorte, terceiro ou representante do M.P.), se promove novo pronunciamento dos órgãos judiciários”.⁶²⁴

⁶²⁰ Aduz Eduardo Couture que “*recurso* quer dizer, literalmente, regresso ao ponto de partida. É um re-correr, correr de novo, o caminho já feito [Tradução nossa]” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 340). No original: “*recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-correr, correr de nuevo, el camino ya hecho*”.

⁶²¹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*: Código de 1939. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. 3. p. 160.

⁶²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 233.

⁶²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1937. p. 81.

⁶²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 7. Diz o autor que nos casos em que “é o interessado que suscita a nova decisão, o recurso se diz voluntário, porque condicionado à vontade de quem tem qualidade para interpô-lo; se impôsto por disposição legal, denomina-se *ex officio* ou necessário. Decorre, então, automaticamente, do proferimento do

A ideia é que “o exame da decisão por outro órgão jurisdicional forneceria maior grau de acerto à decisão, aumentando, conseqüentemente, a confiança do povo na jurisdição estatal”.⁶²⁵ Nesse sentido, a interposição de um recurso funcionaria como meio de lapidação da aplicação do direito, submetendo a decisão proferida pelo juízo *a quo* ao crivo do juízo *ad quem*, cuja experiência e técnica permitiriam promover o aprimoramento ou mesmo correção da decisão outrora proferida, seja o vício de procedimento (*error in procedendo*) seja de julgamento (*error in iudicando*).⁶²⁶

É cediço que os recursos há muito são apontados como o principal empecilho a que a marcha processual se desenrole de maneira célere, a principal causa da morosidade que assola o Poder Judiciário⁶²⁷ – razão pela qual, não raro, cogitou-se

ulgado. O juiz, ao declarar a sua interposição, não faz mais do que manifestar a vontade latente na lei [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 8).

⁶²⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 33.

⁶²⁶ Recorrendo ao magistério de Eduardo Couture, o *error in procedendo* consiste no desvio dos meios indicados pela lei processual para o julgamento, ao passo que o *error in iudicando* afeta o próprio conteúdo de direito substancial, versado no processo (*Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 344-345). Nas palavras do autor: “*El juez puede incurrir en error en dos aspectos de su labor. Uno de ellos consiste en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. [...] Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse. Se le llama tradicionalmente “error in procedendo”. [...] El segundo error o desviación no afecta a los medios de hacer el proceso, sino a su contenido. No se trata ya de la forma, sino del fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable. Puede consistir, asimismo, en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia de este error no afecta la validez formal de la sentencia, la que desde ese punto de vista puede ser perfecta, sino a su propia justicia. Se le llama, también tradicionalmente, “error in iudicando”* [Grifos do autor]”.

⁶²⁷ Egas Dirceu Moniz de Aragão, ao perscrutar acerca da morosidade da justiça e da quantidade de recursos, aduz que “o combate à lentidão não se faz com supressão de vias de recorrer, mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária. Se este, no seu todo,

suprimir alguns recursos no direito brasileiro. Contudo, como comenta José Carlos Barbosa Moreira, “à conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito”. E esse espectro da “conformidade da solução ao direito” se projeta, de forma especial, nos recursos endereçados aos tribunais superiores, que primam, justamente, pela correteza na aplicação da lei.⁶²⁸

Dizer que os embargos de divergência são um recurso “implica dizer que têm finalidade *corretiva*, isto é, objetivam uniformizar o entendimento do tribunal sobre a matéria e, ao mesmo tempo, aplicar esse novo entendimento ao caso concreto que ensejou sua interposição [Grifo do autor]”.⁶²⁹ Concentram, portanto, finalidades diversas, mas não incompatíveis entre si: o interesse dos jurisdicionados (em ver sua causa submetida a novo julgamento por um órgão superior); o interesse do Estado (em

funciona devagar e ninguém se preocupa com o porquê, devagar continuará a funcionar, embora reduzindo o número de recursos. Mesmo que se chegue à extinção absoluta, que deixará os tribunais entregues à ociosidade, perdurará a lentidão na primeira instância” (Demasiados recursos? *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 136, p. 9-31, jun. 2006. p. 21).

⁶²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 229.

⁶²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de divergência e identidade entre as hipóteses confrontadas – cabimento de EDiv no juízo de admissibilidade recursal. *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, v. 10, p. 581-612, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015a111256ebf24dce56&docguid=Iefbf15f0486211e4b44e01000000000&hitguid=Iefbf15f0486211e4b44e01000000000&spos=2&epos=2&td=66&context=36&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 5 fev. 2017. p. 3. E continua o autor, dizendo que, em razão disso, “o tribunal, depois de afirmar a existência da divergência *fixará* a nova *tese jurídica* e a *aplicará ao caso concreto*. É nisso que reside o comando previsto no *STF 456* e no *RISTJ 257*, que se refere a “aplicar o direito à espécie”, porque os embargos de divergência são uma espécie de continuação do julgamento do RE e do REsp” (*Idem*).

lapidar o sentido atribuído à questão de direito⁶³⁰ federal ou constitucional); e a unidade do direito (capaz de viabilizar uma coerência sistêmica do ordenamento jurídico).

Assim, os embargos de divergência caracterizam-se como recurso porque estão previstos no rol taxativo (mas não exaustivo) elencado no Código de Processo Civil⁶³¹ e, além disso, provocam um prolongamento do mesmo eixo procedimental, sem dar azo a uma nova relação processual.⁶³² Aliás, essa é a nota que

⁶³⁰ Na dicção de Antonio Castanheira Neves, “questão ou problema de direito é sempre um *caso jurídico* no sentido de um problema que do ponto de vista do direito, *sub specie iuris*, se suscita perante um objecto material pressuposto (pressuposto como ‘dado’ objectivo pelo direito ou pela intenção normativo-jurídica), e vem a traduzir-se no interrogar sobre o sentido jurídico que há de caber a esse objecto (situação, relação ou comportamento social, real ou imaginado) relativamente a uma determinada intenção normativa que nele se pretende cumprir. Envolve, assim, sempre três dimensões: a situação objectiva real ou meramente representada que suscita (ou perante a qual se formula) a pergunta, que a questão ou o problema formalmente sempre é; a intenção normativo-jurídica (ela também normativo-intencionalmente pressuposta) que justifica a pergunta e lhe vem a determinar o seu sentido; e o próprio sentido problemático, aquilo por que especificamente no problema se interroga ou aquilo que na pergunta em termos dubitativos se pensa, e que é constituído pela particular referência que a intenção normativa faz à situação-objecto – sentido em que se oferece, deste modo, como que a síntese (de sentido problemático) entre a situação objectiva e a intenção normativa [Grifos do autor]” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 46).

⁶³¹ Como leciona Araken de Assis, “somente haverá recurso se e quando a lei federal, haja vista a competência legislativa da União (art. 22, I, da CF/88) estabelece via impugnativa, dotando-a ou não com epíteto próprio, e, paralelamente, define seu campo de aplicação e procedimento” (Introdução aos sucedâneos recursais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 51, v. 310, p. 7-37, ago. 2003. p. 11).

⁶³² Aduz Cândido Rangel Dinamarco que com a interposição de um recurso, “o processo não se duplica nem se cria uma nova relação processual. Novo *curso* se instaura, ou nova caminhada, em prolongamento à relação jurídica processual pendente, e daí se fala em *re-curso* [Grifos do autor]” (Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 85, p. 390-423, 2002. p. 391-392).

diferencia os recursos dos demais meios de impugnação previstos no direito brasileiro.⁶³³

Às duas características anteriores – previsão legal e prossecução da marcha procedimental – soma-se a voluntariedade⁶³⁴, na medida em que a interposição de recursos é uma faculdade da parte sucumbente⁶³⁵ com vistas a obter ou atingir uma situação mais favorável.⁶³⁶ Diz-se, com acerto, que os recursos têm um caráter de “ônus processual” na medida em que constituem o meio necessário de a parte recorrente obter posição mais favorável.⁶³⁷ Dúvidas não há, portanto, quanto à natureza jurídica dos embargos de divergência.

Em razão de suas peculiaridades, pode-se afirmar que os embargos de divergência se classificam como recurso

⁶³³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 31. Na dicção dos autores, “a nota característica dos recursos é o fato de serem exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão impugnada, sem que se instaure novo processo contra decisões ainda não transitadas em julgado. As ações autônomas de impugnação dão ensejo à formação de nova relação jurídico-processual, distinta daquela na qual foi proferida a decisão impugnada [Grifos dos autores]” (*Idem*).

⁶³⁴ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38.

⁶³⁵ Como afirma Sandro Marcelo Kozikoski, “o recurso se apresenta como uma faculdade da parte sucumbente, na forma de um ônus processual típico, extraível dos desdobramentos do direito à tutela jurisdicional adequada. Ao se colocar em evidência a satisfação de um ônus, sobressai a iniciativa voluntária do recorrente em impugnar o pronunciamento judicial causador de gravame ou sucumbência” (*Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*, p. 39).

⁶³⁶ Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, trata-se, com efeito “de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma desvantagem. Está presente aí o traço essencial por que o ônus se estrema do *dever*, ordenado este à satisfação de interesse *alheio*, aquele à de interesse *próprio* [Grifos do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 237).

⁶³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 224.

extraordinário⁶³⁸ (ou excepcional⁶³⁹). A propósito, trata-se de uma classificação bastante polêmica no âmbito doutrinário porquanto o sentido atribuído a essas adjetivações (ordinário e extraordinário), no direito brasileiro, destoa, e muito, do que se verifica em outros países.

Em síntese, enquanto no direito brasileiro fala-se em ordinários e extraordinários conforme os recursos se prestem a corrigir a justiça da decisão ou a correteza da interpretação da lei, em países como Portugal e Itália⁶⁴⁰, a denominação é utilizada

⁶³⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina explicam que “a doutrina classifica os recursos em ‘ordinários’ (ou comuns) e ‘extraordinários’ (ou excepcionais), de acordo com os seguintes critérios: a) segundo os pressupostos de que dependem. Por esse critério, são ordinários os recursos que dependem apenas da existência de uma decisão recorrível, e extraordinários aqueles que, além disso, necessitam da presença de requisitos especiais; b) segundo o objetivo a que visam. Sob este prisma, os recursos ordinários são aqueles que levam o litígio ao juízo *ad quem*, tal como se desenvolveu no juízo recorrido. Os recursos extraordinários, por sua vez, provocam novo pronunciamento jurisdicional, que se cinge ao exame de aspectos específicos; c) segundo a natureza do juízo ad quem, ou seja, a função exercida pelo órgão a que se recorre. Nesse sentido, são extraordinários aqueles recursos voltados a tribunais que têm papel específico, como ocorre, por exemplo, em relação ao recurso extraordinário, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual compete precipuamente a guarda da Constituição Federal (cf. art. 102, *caput*, da CF) [Grifos dos autores]” (*Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 44-45).

⁶³⁹ MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*, p. 93. José Frederico Marques denomina especiais os recursos que exijam, além da sucumbência, requisitos específicos à sua interposição, a exemplo do recurso extraordinário (*Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 147).

⁶⁴⁰ Explica Andrea Proto Pisani que os meios de impugnação ordinários são aqueles cuja interposição impede o trânsito em julgado formal da sentença (dentre esses, figura o *ricorso per cassazione*). Por outro lado, os meios de impugnação extraordinários são interponíveis mesmo depois do trânsito em julgado formal da sentença (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 500). No original: “*I mezzi di impugnazione soggetti al termine annuale di decadenza sono il regolamento di competenza, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi previsti dall'art. 395 nn. 4 e 5: tali mezzi di impugnazione sono detti ordinari in quanto la pendenza dei termini per la loro proposizione, o la loro proposizione, impedisce il passaggio in giudicato formale della sentenza (v. art. 324).*”

para distinguir recursos interpostos antes (ordinários) e depois do trânsito em julgado (extraordinários).⁶⁴¹ Impende reproduzir a lição de Alcides de Mendonça Lima, ao versar sobre a classificação dos meios impugnativos (recursos em sentido lato) ordinários e extraordinários:

Essa divisão revela, aliás, um sentido lógico, do ângulo histórico, pela origem dos recursos propriamente ditos. Depois que uma decisão transitava em julgado – quer por não terem sido interpostos os recursos cabíveis, quer porque, se o foram, não lograram êxito – a mesma tinha de surtir efeitos normais, por via de sua obrigatoriedade e de seu cumprimento, sem possibilidade de ser evitada a sua consequência natural.

Por motivo de ordem prática e, sobretudo, pela preocupação humana de não deixar persistir uma situação visceralmente ilegal e, conseqüentemente injusta, foram surgindo meios com a finalidade precípua de atacar, exatamente, uma decisão contra a qual não mais cabia nenhum recurso.

I mezzi di impugnazione non soggetti al termine annuale di decadenza sono la revocazione per i motivi di cui all'art. 395 nn, 1, 2, 3 e 6, la revocazione del pubblico ministero ex art. 397, l'opposizione di terzo ordinaria e revocatoria: tali mezzi di impugnazione sono detti straordinari perché proponibili anche dopo il passaggio in giudicato formale della sentenza”.

⁶⁴¹ Consigna José Carlos Barbosa Moreira que “a distinção entre recursos *ordinários* e recursos *extraordinários*, a que alude a parte final do art. 467, é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde, à vista de texto expresso (Código de Processo Civil, art. 677), os recursos chamados *extraordinários* (revisão e oposição de terceiro) se diferenciam com toda a clareza dos *ordinários* pelo fato de que a interponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. Também na Itália costuma falar-se de *mezzi ordinari* e *mezzi straordinari* para designar, respectivamente, os remédios que *obstam* ao trânsito em julgado e aqueles que, ao contrário, o *pressupõem* [Grifos do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 254).

Isso justifica o vulgarizado qualificativo ‘extraordinário’, pois, se, pelo objetivo, tais meios realizam função similar à dos recursos – obstar, suprimir ou atenuar os efeitos de uma decisão – por outro, contudo, não podem ser considerados como recursos, exatamente porque devem ser instaurados fora da relação processual em que foi proferida a decisão impugnada. Além dessas circunstâncias, o adjetivo ‘extraordinário’ funda-se, também, no fato de que são limitados e expressos os casos em que ditos meios podem ser utilizados, por serem restritos os vícios das decisões que autorizam sua interposição.⁶⁴²

O autor também refere à classificação em ordinários e extraordinários conforme os recursos exijam ou não requisitos específicos à sua interposição, a exemplo do “recurso extraordinário constitucional” no direito brasileiro.⁶⁴³ Eis o entendimento que prevaleceu no direito brasileiro, que condiciona a interposição dos recursos extraordinários à verificação de pressupostos específicos não exigidos ao manejo dos recursos ordinários.

Tal classificação, todavia, é alvo de severas críticas tecidas por José Carlos Barbosa Moreira, ao ponto de consignar que deveria “ser arquivada para todo o sempre”, considerando que “a rigor, não existe entre nós *uma classe* de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de *extraordinários*

⁶⁴² LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. p. 148.

⁶⁴³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 150. Outra classificação suscitada pelo autor tem por critério a limitação dos poderes do juízo *ad quem* por consequência dos pressupostos de admissibilidade do recurso. Assim, diz que caso a interposição do recurso exija, tão somente, a verificação de prejuízo para o recorrente, a competência seria ilimitada, “abrangendo todas as questões de fato e de direito objeto do recurso”. No entanto, se houvesse pressupostos específicos à insurgência recursal, a competência seria limitada, tal qual ocorria com o recurso de revista e com o recurso extraordinário constitucional (*Idem*).

[Grifos do autor]”⁶⁴⁴ No mesmo sentido, aduz Rodrigo Barioni ser inócuo denominar os recursos como ordinários ou extraordinários na sistemática processual civil brasileira, porquanto todos os recursos sejam interpostos antes do trânsito em julgado.⁶⁴⁵

Compreende-se a irresignação dos autores, eis que não se pode simplesmente incorporar institutos e denominações estrangeiras à revelia da coerência sistêmica do direito nacional. Todavia, a despeito desses argumentos concernentes ao direito estrangeiro, é essencial considerar os contornos semânticos que os termos ‘ordinário’ e ‘extraordinário’ assumiram no direito brasileiro. Se a classificação está relacionada aos requisitos de admissibilidade e à finalidade precípua de cada gênero recursal, então o critério que sustenta essa classificação (ordinários e extraordinários) assumiu feições próprias no direito nacional, diversas do direito estrangeiro.

Miguel Seabra Fagundes refere que os recursos se classificam em ordinários e extraordinários conforme os pressupostos de que dependem, o objetivo a que visam, e a natureza do juízo *ad quem*. Esse terceiro critério é adotado pelo autor que reconhece, nos recursos extraordinários, o meio pelo qual se devolve a causa ao *tribunal extraordinário* “com jurisdição em todo o país (S. T. Federal) e cujo papel específico é

⁶⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 255-256.

⁶⁴⁵ BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, p. 169. Versa o autor sobre “a inadequação de identificarem-se os recursos de estrito direito como ‘recursos extraordinários’. A distinção entre recursos ordinários e extraordinários possui fundamental relevância em alguns sistemas jurídicos, para distinguir os recursos cabíveis antes da formação da coisa julgada (ordinários) e os posteriores à coisa julgada (extraordinários). No Brasil, nada obstante a menção do art., 467 do CPC, não se verifica utilidade prática em proceder à classificação de recursos ordinários e recursos extraordinários, porquanto qualquer espécie de recurso somente é cabível antes do trânsito em julgado da decisão. Adicione-se a isso que a distinção enseja problema conceitual e prático, em atribuir igual denominação ao gênero e à espécie. Irrefutável, por isso, a lição de Barbosa Moreira, no sentido de tal classificação merecer “ser arquivada para todo o sempre [Grifo do autor]” (*Idem*).

assegurar a supremacia da Constituição e das leis federais, bem como a sua unidade exegética”.⁶⁴⁶

Convencionou-se adotar a classificação a fim de distinguir os recursos dirigidos aos tribunais de segundo grau, voltados a corrigir a justiça do caso concreto (marcados, portanto, por fundamentação livre, sem pressupostos específicos de admissibilidade) e os recursos de estrito direito, dirigidos aos tribunais superiores, que realizam o caráter publicístico do processo, com vistas a resguardar não só o interesse dos recorrentes, mas principalmente o interesse geral de manter a univocidade interpretativa do direito (tanto federal, quanto constitucional).

Assim, classificar os embargos de divergência como recursos excepcionais ou extraordinários *lato sensu*, significa dizer que: (i) não se prestam a corrigir a justiça da decisão; (ii) exigem pressupostos específicos à sua interposição; e (iii) viabilizam o desempenho da função precípua dos tribunais superiores – qual seja, a uniformidade interpretativa do direito nacional.⁶⁴⁷

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência pressupõem, em suma, aquilo que constitui uma contradição em termos: a existência de dissidências jurisprudenciais dentro do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 12.

⁶⁴⁷ A esse respeito, pertinente citar o posicionamento defendido por Flávio Cheim Jorge acerca dos embargos de divergência. Para o autor, não há que se cogitar “que tal recurso tenha o condão de *uniformizar* o entendimento do Tribunal. Na verdade, diante de uma situação em que haja dúvida acerca do posicionamento da respectiva corte sobre determinado assunto, possibilitam, os embargos de divergência, que seja proferida uma decisão de acordo com o que o Tribunal pensa – e não apenas uma de suas turmas. Dissipa-se, como consequência, eventuais dúvidas e interpretações distintas daquela que deve externar verdadeiramente o entendimento do Tribunal [Grifo do autor]” (Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 16).

⁶⁴⁸ Nesse ponto exsurge a importância dos embargos de divergência no direito brasileiro. A esse respeito, Yuri Guerzet Teixeira assenta que “sob um enfoque social, a importância do recurso em tela reside na

(cuja função precípua é, justamente, zelar pela univocidade interpretativa do direito federal e constitucional). Constatada a dissonância entre acórdãos proferidos por diferentes órgãos fracionários do tribunal superior, abre-se a possibilidade de interpor embargos de divergência a fim de que a corte defina a interpretação da lei que deve prevalecer.

Nesse sentido, é correto afirmar que os embargos de divergência visam à tutela do direito objetivo.⁶⁴⁹ Em outros termos, a insurgência manejada por um particular desperta o interesse público na medida em que viabiliza o enfrentamento de determinada questão pelos tribunais superiores, com vistas à sua pacificação jurídica. Isso explica porque, por exemplo, a desistência do recurso pelo recorrente não obsta o julgamento da

extirpação da incômoda situação, perante a sociedade, de tutelas jurisdicionais discrepantes, em seu conteúdo, para casos concretos similares – o que, conforme o exposto, macula a imagem do tribunal perante os jurisdicionados. Juridicamente, a preciosidade dos embargos de divergência repousa na possibilidade de o tribunal, por meio de órgão mais representativo que uma turma, interpretar o direito positivo para extrair dele a norma jurídica que entender mais apropriada. Ou seja, o recurso sob exame tutela o próprio direito objetivo” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-340, mar. 2013. p. 321).

⁶⁴⁹ Leciona Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que os embargos de divergência têm por finalidade “a tutela do direito objetivo, embora não seja esse, evidentemente, o escopo das partes, quando os opõem” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. VIII. p. 193). No mesmo sentido, aduz Yuri Guerzet Teixeira que “os embargos de divergência são recurso excepcional, o que significa dizer que são voltados, em última análise à tutela do direito objetivo, ou seja, não buscam a correção da injustiça da decisão, mas sim averiguar se a norma jurídica geral e abstrata fora devidamente construída pelo órgão prolator da decisão guerreada e se foi apropriadamente aplicada. Em outras palavras, como acontece no recurso extraordinário e no recurso especial, o direito subjetivo vindicado na lide só é protegido de maneira mediata, isto é, como decorrência natural da tutela do direito objetivo” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-340, mar. 2013. p. 322).

questão jurídica nele versada (como se abordará, oportunamente, na seção 3.6.8).

Então, muito embora, em um primeiro momento, a interposição dos embargos de divergência dependa da iniciativa da parte sucumbente, com vistas à obtenção de resultado que lhe seja mais favorável; em um segundo momento, convola-se em instrumento que viabiliza a uniformização do direito (federal ou constitucional), despertando o caráter publicístico do processo, muito além dos interesses das partes.⁶⁵⁰

Os embargos de divergência têm, portanto, um fim mediato (que se traduz no interesse do recorrente) e um fim imediato (que coincide com a persecução da unidade interpretativa do direito).⁶⁵¹ E esse fim imediato dos recursos excepcionais possui especial relevo porquanto o Brasil não é, propriamente, uma federação. Se os estados fossem federados de fato, por certo grande parte das relações sociais seria regulada por legislação estadual – como ocorre em países como os Estados Unidos. Não é, contudo, o que se verifica no Brasil, cuja Constituição Federal disciplina diversos assuntos⁶⁵² e prevê

⁶⁵⁰ Eduardo de Albuquerque Parente comenta que “nesses recursos, movidos pela divergência, ocorre uma dupla motivação: a primeira, da parte, em ver o resultado desfavorável alterado (a premissa da sucumbência); a segunda, do Estado, para promover a harmonização dos entendimentos” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*, p. 77).

⁶⁵¹ É dizer: “a satisfação do interesse dos particulares nada mais representa que um efeito indireto e acessório as satisfação do interesse público”, como consigna Renzo Provinciali (*Delle impugnazioni in generale*, p. 78). No original: “*il soddisfacimento dell'interesse dei singoli non rappresenta che un effetto indireto ed accessorio della soddisfazione dell'interesse pubblico*”.

⁶⁵² Pertinente destacar passagem em que Eduardo de Avelar Lamy discorre acerca dos reflexos da Constituição Federal de 1988 e dos ideais de acesso à justiça sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal: “a amplitude trazida pelos ideais do acesso à Justiça, bem como o advento da Constituição de 1988, provocaram considerável aumento no número de feitos a serem julgados. Embora o STF tenha se tornado uma Corte exclusivamente constitucional, a Carta Magna tornou constitucionais uma infinidade de matérias, dispondo sobre direito civil, penal, comercial, processual, agrário, financeiro, dentre outros. [...]. Assim, a conseqüente demora da prestação jurisdicional afigura-se intrínseca à estrutura escalonada do Poder Judiciário brasileiro. É compreensível, nesse diapasão, o efeito vinculante conferido às súmulas

poucas matérias de competência legislativa estadual – sendo, a maioria, de competência privativa da União.⁶⁵³

Assim, se tudo, em último caso, é regulado por lei federal, e se tudo, em maior ou menor grau, tem reflexos constitucionais, então a importância da função exercida pelas cortes toma proporções maiores, no sentido de uniformizar e zelar pela unidade do direito nacional. Por consectário, inevitável é a sobrecarga de trabalho nas cortes de vértice, cujo funcionamento pressupõe filtros de acesso, a fim de controlar os recursos que, de fato, devem ser submetidos à sua apreciação⁶⁵⁴ (como tratado na seção 2.2 deste trabalho).

É relevante consignar ainda que os embargos de divergência, além de serem um recurso de estrito direito⁶⁵⁵, são classificados por parte da doutrina como de fundamentação

do STF, a inserção do instituto da repercussão geral (não como artifício de inclusão – como se dava com a arguição de relevância – mas sim de exclusão), bem como a discussão de outras formas de enfrentamento ao excessivo número de processos” (Reflexões sobre os filtros, a temática do acesso à justiça e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 97-113, 2015. p. 102).

⁶⁵³ Conforme previsto no artigo 22, da Constituição Federal de 1988 que abarca, dentre outros, a competência para legislar sobre “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁶⁵⁴ Como aduz Pedro Miranda de Oliveira, “o mero propósito de correção de injustiça do caso concreto não justificaria o acesso aos Tribunais Superiores. A eventual reparação de injustiça deve ser tentada por meio dos recursos ordinários previstos nas leis processuais” (Embargos de divergência no recurso extraordinário e sua importância no sistema jurídico brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12. p. 369).

⁶⁵⁵ Explicita Rodrigo Barioni que “por recursos de estrito direito devem-se considerar aqueles que visam ao controle da interpretação e da aplicação do direito” (*Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, p. 167).

livre⁶⁵⁶, ao contrário do recurso extraordinário e do recurso especial, cuja fundamentação é vinculada a determinados defeitos ou vícios da decisão. Isso significa dizer que o acórdão embargado poderia ser “livremente criticado”, sem a necessidade de invocar determinados vícios para fins de admissão do recurso.⁶⁵⁷

A classificação não convence e dois são os motivos principais: primeiro, por se entender que os embargos de divergência exigem a vinculação entre o recurso e o vício que pretende combater – qual seja, a existência de posicionamentos dissonantes endógenos ao órgão de superposição; segundo, por se tratar de recurso excepcional, voltado à tutela do direito objetivo, interposto contra acórdão proveniente do julgamento de recurso especial ou extraordinário. Não se compreende como um recurso com tais características é classificado, por parte da doutrina, como de livre – e não vinculada – fundamentação.

⁶⁵⁶ Eis o que leciona Flávio Cheim Jorge, ao versar que “o recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento. Assim, não basta a existência de uma determinada decisão, para que o recurso seja cabível. Exige-se algo mais, exatamente o vício ou defeito específico. Para que tenha cabimento o recurso especial, não é suficiente a presença de um acórdão. Imprescindível também a violação à lei federal. [...] Em nosso sistema, os recursos de fundamentação vinculada são o especial, o extraordinário e os embargos de declaração. Já os recursos de fundamentação livre não se prendem diretamente a determinado defeito ou vício na decisão. Qualquer que seja o defeito ou vício, cabível será sempre aquele determinado recurso. [...] Em nosso sistema, são recursos de fundamentação livre, a apelação, o agravo, o recurso ordinário e os embargos de divergência” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 56). Em outra oportunidade, versou o autor que “o objeto de discussão dos embargos de divergência não é limitado pela lei. O seu mérito, isto é, aquilo que será objeto de debate e enfrentamento, não possui restrição. Daí se concluir que se trata de recurso de fundamentação livre” (Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 17).

⁶⁵⁷ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-340, mar. 2013. p. 323.

Em síntese, entende-se que os embargos de divergência são recurso de fundamentação vinculada^{658_659} na medida em que é necessário invocar o erro (no caso, a dissidência jurisprudencial entre órgãos colegiados do tribunal superior) e, além disso, demonstrar sua efetiva ocorrência a fim de que o recurso seja provido⁶⁶⁰ (o que se faz expondo a divergência das soluções jurídicas dadas a casos semelhantes).

⁶⁵⁸ No mesmo sentido, Pedro Miranda de Oliveira entende que os embargos de divergência, a exemplo do recurso especial e do recurso extraordinário, possuem fundamentação vinculada. Eis o que se extrai do excerto a seguir: “os recursos excepcionais (também chamados de extraordinários *lato sensu* e de estrito direito), por sua vez, têm uma forma mais rígida; são dirigidos aos Tribunais Superiores; têm requisitos específicos de admissibilidade; têm fundamentação vinculada; não comportam discussão em relação a fatos e provas; não se prestam a fazer justiça no caso concreto. São eles: o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência” (Embargos de divergência no recurso extraordinário e sua importância no sistema jurídico brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 366). Rodrigo Barioni, da mesma forma, defende que os embargos de divergência possuem “fundamentação vinculada, ou seja, as matérias que podem ser transferidas à cognição dos Tribunais de superposição estão tipificadas pelo ordenamento. Cabe ao recorrente demonstrar a presença da hipótese prevista em lei para viabilizar o conhecimento do recurso” (*Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, p. 168).

⁶⁵⁹ A orientação do Superior Tribunal de Justiça não destoia da posição defendida neste trabalho, como se infere do excerto a seguir: “consoante já afirmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ‘os embargos de divergência caracterizam-se como recurso de fundamentação vinculada. Logo, o confronto das teses deve observar o que foi decidido pelo acórdão embargado, até porque não é possível rejulgar o recurso especial em sede de embargos de divergência’ (AgRg nos EREsp 1.236.276/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 25/02/2016)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1446201/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 agosto 2016. Publicação 19.09.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400731712&dt_publicacao=19/09/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016).

⁶⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 253.

Delineada a natureza jurídica recursal e esboçadas algumas características dos embargos de divergência, passa-se a tratar, brevemente, das origens do recurso no direito brasileiro.

2.4.2 Origens dos embargos de divergência no direito brasileiro

A concepção dos embargos de divergência no direito brasileiro tem como pano de fundo o fracionamento do Supremo Tribunal Federal em órgãos colegiados. Como visto, até o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal era o único órgão de superposição, incumbido de zelar pela integridade tanto do direito federal quanto do direito constitucional. Reunia, portanto, além da competência atual (a guarda da Constituição)⁶⁶¹, a competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça a partir de sua criação, em 1988 (a guarda da lei federal).

Na realidade, a divisão do Supremo Tribunal Federal em órgãos fracionários foi questão bastante controversa à luz da ordem constitucional brasileira até o advento da Constituição Federal de 1988. Em um contexto marcado por forte instabilidade, a possibilidade ou a impossibilidade de fracionar a corte superior nunca esteve fora de pauta, em verdadeiro movimento pendular – ora se entendendo ser possível, ora se entendendo não sê-lo.

O grande argumento que subjazia a impossibilidade não era de todo desarrazoado. Entendia-se que, se ao Supremo Tribunal Federal compete conferir univocidade interpretativa ao direito constitucional, com a eliminação de posicionamentos dissonantes, seria uma incongruência fracioná-lo em órgãos colegiados⁶⁶² – notadamente porque, em dado momento, seus

⁶⁶¹ Prevê o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁶⁶² Como aduz Araken de Assis, “argumentava-se que a quebra da unidade comprometeria, irremediavelmente, a autoridade da Corte então encarregada de uniformizar a aplicação do direito federal e, como

juílgamentos poderiam destoar. Sustentava-se que o STF deveria ser uno, assim como a unidade por que deve zelar, quanto à interpretação da Constituição.

Sob a égide da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891⁶⁶³, “prevalencia o entendimento de que o STF *era órgão único*, não devendo ser fracionado ou dividido [Grifos do autor]”⁶⁶⁴ Defendia-se, nesses termos, que se a redação do artigo 55⁶⁶⁵ se referia a *um* Supremo Tribunal Federal, fracioná-lo implicaria, praticamente, criar *mais de um* tribunal – o que violaria a própria Constituição.

Todavia, porquanto a Constituição de 1891 não fosse expressa quanto à possibilidade ou à impossibilidade de fracionamento do STF, as discussões subsistiram. Nesse enleio, sobreveio o Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, que reorganizou provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabeleceu regras para “abreviar os seus julgamentos”⁶⁶⁶ – a

atualmente, de velar pela supremacia da Constituição” (*Manual dos recursos*, p. 981).

⁶⁶³ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

⁶⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 11.

⁶⁶⁵ Dispunha o artigo 55 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891: “o Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016).

⁶⁶⁶ Como explicita sua própria descrição, o Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, “reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos”. (BRASIL. *Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931*. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

exemplo da divisão do tribunal em turmas, como se infere dos seus artigos 2º e 3º.⁶⁶⁷ Em seguida, “a Constituição de 1934, ciente da divergência, acabou por prever expressamente a divisão do STF em Câmaras ou Turmas”⁶⁶⁸, em seu artigo 73, § 2º.⁶⁶⁹

Dada a inconstância da ordem constitucional à época, marcada por várias reviravoltas de cunho político, logo sobreveio a Constituição de 1937, que reavivou a discussão, visto nada ter versado quanto ao fracionamento do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, em seguida, o Decreto-Lei n. 6, de 16 de

⁶⁶⁷ Os artigos versam sobre a composição das turmas competentes para julgar os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme se tratasse de questão constitucional ou infraconstitucional. Assim, dispôs o artigo 2º que “os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal, que não envolvam questão constitucional, serão, até a organização definitiva do Supremo Tribunal, decididos, em primeiro julgamento, por turmas de cinco juizes, constituídas, em cada casa relator respectivo, os revisores e os dois juizes imediatos, em ordem de antiguidade, ao segundo revisor. Parágrafo único. Em se tratando de feito que não tenha revisores, a turma julgadora será composta pelo relator e os quatro juizes imediatos em ordem de antiguidade”. Noutro passo, aos casos que envolvessem questão constitucional, aplicava-se o artigo 3º, o qual previa que “nos feitos que envolverem questão constitucional, a turma julgadora, nos casos a que se refere o art. 2º, será acrescida de mais dois juizes imediatos em antiguidade” (BRASIL. *Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁶⁶⁸ CHEIM JORGE, Flávio. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 11.

⁶⁶⁹ Impende reproduzir o teor do referido dispositivo: “a Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. [...] § 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

novembro de 1937, consignou aquilo que a Constituição de 1934 havia disposto: a divisão do STF em turmas, compostas cada qual por cinco juízes.⁶⁷⁰

A Constituição de 1946, por sua vez, chegou a estabelecer em seu anteprojeto a divisão do Supremo Tribunal Federal. Contudo, pelo fato de tal previsão ter sido suprimida durante a tramitação do anteprojeto da carta constitucional, prevaleceu a tese da impossibilidade.⁶⁷¹

Não obstante a inconstitucionalidade, o STF manteve seu fracionamento em turmas – o que levou a doutrina a sustentar o cabimento do recurso de revista, então previsto no artigo 853 do CPC/1939, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que o Supremo não acolheu essa posição doutrinária e só após, com o advento da Lei n. 623, de 1949⁶⁷², incorporou-se ao direito

⁶⁷⁰ Dispunha o artigo 5º do Decreto-Lei n. 6, de 1937 que “todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal serão julgados por turmas de cinco juízes, revogado o artigo 3º do decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931. § 1º As turmas funcionarão separadamente, no mesmo dia ou em dias diferentes, na forma prescrita pelo regimento interno. § 2º O Supremo Tribunal Federal determinará quais os ministros que deverão compor cada uma das turmas” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937*. Dispõe sobre a extinção da Justiça Federal e o andamento das causas em curso, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

⁶⁷¹ Sobre o assunto, pertinente citar excerto em que Flávio Cheim Jorge explicita o motivo ensejador dessa alteração: “a razão para tanto adveio exatamente da função desempenhada pelo STF – de intérprete e aplicador máximo da norma federal e constitucional. Entendeu-se que haveria verdadeiro desprestígio para a justiça e para o direito positivo com possíveis divergências de interpretação entre as Turmas. Necessária, portanto, era a manutenção da unidade constitucional do STF, por intermédio da exteriorização de um único entendimento” (Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 12).

⁶⁷² BRASIL. *Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949*. Torna embargáveis as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0623.htm>. Acesso em: 8 dez. 2016.

brasileiro o recurso de “embargos”, voltado à impugnação de dissidências jurisprudenciais dentro do próprio STF (como se abordará, com mais vagar, ao longo do terceiro capítulo).

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1967 previu, expressamente, que o Supremo Tribunal Federal funcionaria em turmas, como se infere do artigo 115⁶⁷³, relegando ao regimento interno do tribunal a incumbência de disciplinar as suas composições, competências e funcionamentos. Pertinente destacar que a Constituição de 1967 conferiu força de lei aos regimentos internos dos tribunais, facultando-lhes, inclusive, a criação de recursos.⁶⁷⁴

Por fim, a Constituição Federal de 1988, embora não traga previsão acerca da divisão interna do Supremo Tribunal Federal, faz alusão ao seu regimento interno – de espectro menos alargado que outrora (à luz da ordem constitucional anterior), mas apto a dispor sobre “a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais”.⁶⁷⁵ Assim, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), no seu artigo 3º, elenca os

⁶⁷³ Reproduz-se a redação do artigo: “o Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, nº I, letras *a, b, e, d, i, j e l*, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das Turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; d) a competência de seu Presidente para conceder *exequatur* a cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁶⁷⁴ Eduardo de Avelar Lamy pondera que “a atual Constituição Federal não manteve, como fizera a de 1967, o poder ‘legiferante’ do STF. Hoje, o regimento interno de todos os tribunais é considerado lei apenas no âmbito de seu universo de abrangência, e desde que não contrarie as demais disposições do ordenamento legal” (Reflexões sobre os filtros, a temática do acesso à justiça e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 97-113, 2015, v. 1, p. 97-113, 2015. p. 101).

⁶⁷⁵ Como prevê o artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

órgãos que compõem o Supremo Tribunal: o Plenário, as Turmas e o Presidente.⁶⁷⁶

Diante dessas digressões iniciais, vê-se que a polêmica em torno da divisão do Supremo Tribunal não mais subsiste. Com amparo constitucional, a fragmentação do STF se consolidou na estrutura judiciária brasileira⁶⁷⁷, de forma a tornar inarredável a preocupação com a divergência de entendimentos no seio do mesmo tribunal.⁶⁷⁸

Os embargos de divergência, nesse contexto, surgem “com a preocupação de criar um mecanismo capaz de permitir que as decisões proferidas por uma turma do STF reflitam, sempre, o posicionamento do próprio Tribunal – e não o entendimento de apenas uma de suas turmas”.⁶⁷⁹ Como meio de impugnação capaz de elidir as dissidências jurisprudenciais endógenas às cortes de vértice, os embargos de divergência são de suma importância para manter a unidade do direito.

⁶⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

⁶⁷⁷ Ousa-se afirmar que, caso assim não fosse – isto é, caso houvesse prevalecido o entendimento de que o STF não poderia ser fracionado em órgãos colegiados –, o funcionamento deste tribunal seria ainda mais comprometido (considerando a quantidade de casos que ascendem ao Supremo Tribunal Federal). No mesmo sentido, aduz Araken de Assis que “o fracionamento oferece expediente útil para debelar a sobrecarga de trabalho do STF” (*Manual dos recursos*, p. 981). Entende-se, assim, que a estrutura tal qual consolidada, com a divisão da corte suprema em turmas, fornece condições para que o Supremo Tribunal dê maior vazão aos casos submetidos à sua apreciação, resguardando a possibilidade de julgamento de alguns casos pelo Plenário, conforme a competência estabelecida nos artigos 5º, 6º e 7º do RISTF.

⁶⁷⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 979. Com razão o autor ao afirmar que, “divididos os tribunais em corpos menores, sem embargo da competência concorrente, frequentemente os respectivos julgadores se desentendem, porque homens e mulheres de formação heterogênea e convicções individuais. Lavrando dissídio interno no tribunal, os resultados díspares dos processos similares, quiçá repetitivos, provocam desconforto, senão estarrecem os destinatários das resoluções judiciais, comprometendo a função precípua do direito e o prestígio do tribunal” (*Idem*).

⁶⁷⁹ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 402.

2.4.2.1 Decreto-Lei n. 6 de 1937

O Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, foi pioneiro ao prever o cabimento de *embargos* (à época, dissociados de qualquer adjetivação) ao Tribunal Pleno nos casos em que o acórdão embargado estivesse “em manifesta divergência com a jurisprudência do Tribunal Pleno ou da outra turma” – conforme artigo 6º, inciso II, alínea ‘b’. Então o referido Decreto-Lei, ao mesmo tempo, estabeleceu expressamente o fracionamento do Supremo Tribunal Federal em turmas e previu o recurso passível de interposição nos casos em que houvesse dissonância na interpretação da lei entre os órgãos fracionários.⁶⁸⁰

Contudo, o Código de Processo Civil de 1939, responsável pela unificação da legislação processual civil brasileira, perpetrou algumas alterações quanto ao recurso objeto do presente estudo – como se verá, a seguir.

2.4.2.2 Código de Processo Civil de 1939

O Código de Processo Civil de 1939 não trouxe qualquer previsão a respeito dos embargos outrora previstos no Decreto-Lei n. 9 de 1937. Contudo, com o mesmo propósito de uniformização da jurisprudência interna dos tribunais, contemplava o recurso de revista (nos artigos 853 a 860) e o instituto do prejudicado (no artigo 861).

O recurso de revista, instituído pela Lei Federal n. 319 de 1936^{681_682}, destinava-se a sanar divergências quanto à

⁶⁸⁰ ABDO, Helena Najjar. Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 223.

⁶⁸¹ BAPTISTA, Joaquim de Almeida; BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. Os embargos de divergência nas instâncias ordinárias. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, p. 83-94, abr./jun. 1982. p. 88.

⁶⁸² Prevê o artigo 1º da Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936 que: “das decisões finais das Côrtes de (App- palavra inelegível) ou de qualquer de suas Camaras ou turmas, caberá, de revista para a Côte plena: a) quando contrariar ou divergir de outra decisão, também final, da mesma Côte, ou de alguma de suas Camaras turmas, sobre a mesma especie ou sobre idêntica relação direito; b) quando proferida por

interpretação do direito em tese⁶⁸³, pelos tribunais de segundo grau. Em regra, era destituído de efeito suspensivo, autorizando-se o prosseguimento da execução de sentença, mesmo na pendência de seu julgamento.⁶⁸⁴

De maneira diversa, o prejulgado não possuía natureza recursal (era um incidente) e tinha por objetivo “promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica”, nos termos do artigo 861 do CPC/1939. Era, assim, “um *incidente* do julgamento em curso no Tribunal, e destinava-se à prevenção de uma divergência *senalizada* (ou mesmo já constatada), conforme acenado pelo número de votos tomados [Grifos do autor]”.⁶⁸⁵ Não era facultado às partes requerer a promoção do prejulgado, mas tão somente aos juízes, do que se extrai se tratar de instituto previsto na

alguma ou algumas das Camaras, ou turmas, contrariar interpretação da mesma lei ou do mesmo acto, adoptada pela mesma Côrte, ou normas ella estabelecidas” (BRASIL. *Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936*. Regula o recurso das decisões finais das Côrtes de (App- palavra inelegível) e de suas Camaras. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁶⁸³ Vale ressaltar que, “no Império, desde 1828, e, depois, no Regulamento 737, de 1850, existia um meio impugnativo denominado ‘recurso de revista’. O mesmo, porém, não se destinava à uniformidade jurisprudencial, mas cabia quando ocorresse nulidade manifesta ou injustiça notória. Somente o nome era idêntico ao recurso que surgiria na República, sobretudo no Código de Processo Civil de 1939, pois, quanto ao mais, ambos os remédios eram inteiramente diferentes [Grifo do autor]” (BAPTISTA, Joaquim de Almeida; BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. Os embargos de divergências nas instâncias ordinárias. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, p. 83-94, abr./jun. 1982, p. 87).

⁶⁸⁴ Conforme previsto no artigo 808, § 1º do CPC/1939, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n. 4.565/1942, “o recurso extraordinário e a revista não suspendem a execução da sentença” (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁶⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 203.

legislação processual com o propósito de “assentar-se a interpretação, em *per saltum*, ou de estabelecer-se a harmonia das decisões”.⁶⁸⁶

Na redação original do CPC/1939, admitia-se a interposição do recurso de revista nos casos em que houvesse divergência, nas Câmaras Cíveis reunidas, “quanto ao modo de interpretar o direito em tese”.⁶⁸⁷ Justamente em razão dessa menção às Câmaras Cíveis, o Supremo Tribunal Federal entendeu como inviável a interposição de referido recurso com o fito de sanar as divergências endógenas à corte suprema – entendimento este que prevaleceu.⁶⁸⁸

Assim, muito embora voltado ao mesmo propósito que os embargos de divergência – isto é, eliminar os posicionamentos dissonantes verificados no âmbito do mesmo tribunal, em prol da segurança jurídica e da uniformização jurisprudencial – manteve-se a interpretação restritiva quanto às hipóteses de cabimento do recurso de revista, cuja interposição permaneceu adstrita aos tribunais de segundo grau.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 88.

⁶⁸⁷ A redação original do artigo 853 assim previa: “conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas. Parágrafo único. Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, ou turma, que a adotou, ou as Câmaras reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar” (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁶⁸⁸ Da mesma forma, assenta Oreste Nestor de Souza Laspro que “o STF, ao interpretar de forma literal o mencionado artigo, entendeu que ele não se aplicava ao recurso extraordinário, na medida em que naquele órgão inexistiam as ‘câmaras reunidas’ [Grifo do autor]” (O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010, p. 13).

⁶⁸⁹ Todavia, comenta Araken de Assis, “o fundamento se relevava pobre e frágil, na opinião crítica prevalecente, porque ‘não se compreende se subtraia o Pretório Excelso à disciplina do recurso unificador e do

Com o fito de solucionar o impasse – quanto ao não cabimento do recurso de revista contra acórdão proferido pelo STF, bem como quanto à necessidade de exterminar posicionamentos dissonantes dentro do mesmo tribunal – editou-se a Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949⁶⁹⁰, que alterou o CPC/1939 com a inserção de um parágrafo único em seu artigo 833, prevendo ser embargáveis no Supremo Tribunal Federal, “as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”.⁶⁹¹ A propósito, Araken de Assis comenta que, “do ponto de vista político, a providência legislativa evidenciou raro engenho em ladear obstáculos, desarmando espíritos”.⁶⁹²

A alteração, todavia, não ficou isenta de críticas. Oreste Nestor de Souza Laspro, por exemplo, apontou ser uma “falha sistemática na reforma do código”, porquanto a inserção do parágrafo tenha ocorrido no artigo 833, relativo aos embargos infringentes e de nulidade, e não no artigo 853, que previa o

prejulgado, pois que, dada a sua missão constitucional de dizer o direito objetivo, é que a revista e o prejulgado ali se justificam e impõem’. A literalidade do dispositivo – pois no STF inexistiam ‘câmaras cíveis reunidas’ – sem dúvida amparava o entendimento esposado; porém, a divisão do STF em duas turmas, ‘que podem divergir na interpretação da mesma lei aplicável’, torna a uniformização ‘imprescindível pelo único remédio específico, que é a revista’ [Grifos do autor]” (*Manual dos recursos*, p. 981-982).

⁶⁹⁰ Nas palavras de Oreste Nestor de Souza Laspro, a Lei 623/1949 “pode ser considerado o marco criador dos embargos de divergência na legislação processual civil brasileira, sendo certo que, a partir daí, havia uma dualidade recursal: se a divergência ocorresse no âmbito dos tribunais estaduais, cabível o recurso de revista, no STF, embargos de divergência” (O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 13).

⁶⁹¹ BRASIL. *Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949*. Torna embargáveis as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0623.htm>.

Acesso em: 8 dez. 2016.

⁶⁹² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 982. Na visão do autor, “a solução dada ao impasse provocado pelo STF à revista, naquela oportunidade, evitou afrontar o entendimento prevalecente no tribunal máximo da República” (*Idem*).

recurso de revista⁶⁹³. Concorda-se com o autor que a previsão não foi inserida de forma adequada, considerando o teor do *caput* do artigo 833; todavia, discorda-se quando sugere que a inserção deveria ter ocorrido no artigo 853 ante o entendimento de que mais adequado seria destinar um artigo específico aos embargos de divergência, como se fez na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (objeto da seção 2.4.2.3 a seguir).

A despeito das críticas concernentes à técnica legislativa, a partir da Lei n. 623/1949, as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal passaram a ser embargáveis sempre que divergissem entre si, ou divergissem de decisão exarada pelo Tribunal Pleno.⁶⁹⁴ Pode-se afirmar, portanto, que a Lei n. 623/1949 rotulou de embargos o que correspondia a um recurso de revista no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶⁹⁵ – que, à época (é importante rememorar), reunia competência para resguardar tanto o direito constitucional quanto o direito federal, considerando-se que o Superior Tribunal de Justiça só foi criado pela Constituição Federal de 1988 (como tratado no primeiro capítulo deste trabalho).

Posteriormente à Lei n. 623/1949, adveio a Lei n. 5.442, de 24 de maio de 1968⁶⁹⁶, que positivou o recurso de embargos na

⁶⁹³ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 12.

⁶⁹⁴ Razão assiste a Yuri Guerzet Teixeira quando consigna que “com a roupagem hodierna e o *nomen iuris* que ostenta até o dias de hoje, os embargos de divergência foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 623/1949” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-340, mar. 2013. p. 320).

⁶⁹⁵ No mesmo sentido, ao se referir aos embargos de divergência, comenta Araken de Assis que “a função do recurso é idêntica à do antigo recurso de revista” (*Manual dos recursos*, p. 982).

⁶⁹⁶ BRASIL. *Lei n. 5.442, de 24 de maio de 1968*. Modifica a redação de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5442.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

seara trabalhista, mediante alteração no artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho.⁶⁹⁷

Atendo-se o presente trabalho, todavia, aos embargos de divergência à luz do processo civil brasileiro, impende dar atenção ao Código de Processo Civil de 1973 que, em seu anteprojeto, já deixava de contemplar os embargos de divergência no rol de recursos – como se discorrerá a seguir.

2.4.2.3 Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 não previu os embargos de divergência nem em seu anteprojeto nem em seu projeto definitivo.⁶⁹⁸ José Carlos de Barbosa Moreira noticia que “resultou de emenda apresentada ao projeto no Senado Federal o dispositivo que, no primitivo texto do Código, os previa (art. 546, parágrafo único)”.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ A previsão vinha esculpida no artigo 894, alínea ‘b’, nos seguintes termos: “cabem embargos, no Tribunal Superior do Trabalho, para o Pleno, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da publicação da conclusão do acórdão: [...] b) das decisões das Turmas contrárias à letra de lei federal, ou que divergirem entre si, ou da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com prejudgado, ou com jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei n. 5.442, de 24.5.1968)” (BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

Acesso em: 10 dez. 2016).

⁶⁹⁸ ABDO, Helena Najjar. Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 226. Aduz a autora que a razão para que isso tenha ocorrido era a seguinte: “ambos os esboços legislativos [anteprojeto e projeto definitivo do CPC/1973] contemplavam o incidente de *uniformização de jurisprudência* (CPC, art. 476) como medida *preventiva e geral* para evitar a desarmonia entre os julgados de qualquer tribunal, inclusive do STF, tendo sido considerada, a princípio, despicienda qualquer outra medida similar, ainda que de caráter *corretivo* e não *preventivo* [Grifos da autora]” (*Ibidem*, p. 226-227).

⁶⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 625.

É pertinente mencionar que Egas Dirceu Moniz de Aragão, na fase do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, elaborou uma sugestão para o capítulo dos recursos, entregue a Alfredo Buzaid – então incumbido da missão de redigir o novo diploma processual civil. Segundo relato do autor, seriam suficientes três recursos: agravo, apelação e extraordinário, com a ressalva de que não considerava os embargos de declaração como recurso.⁷⁰⁰

No seguinte excerto, o autor justifica sua ideia de extirpação dos embargos de divergência dos meios de impugnação recursal:

Excluí a revista e os embargos de nulidade e infringentes do julgado (na denominação de 1939, hoje apenas embargos infringentes) e vali-me da ideia inspiradora do prejudgado (art. 861 do CPC (LGL\1973\5) de 1939) para sugerir o ‘julgamento plenário’ (de pronto adotado pelo Supremo Tribunal, como registrei). Com esse mecanismo esperava suprir a eliminação do recurso de revista e de seu sucedâneo, os embargos de divergência, quicá dos próprios embargos infringentes, dado que as causas que previsivelmente poderiam vir a ser necessárias iriam logo à

⁷⁰⁰ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Dos recursos cíveis (Esboço legislativo)*, p. 26. Impende reproduzir excerto do esboço legislativo em que o autor expõe sua ideia de reduzir o número de recursos: “acordam os doutôres em que é imprescindível dar à regulamentação dos recursos um sistema tal que seja permitido acomodar os dois ideais procurados pelo processo: brevidade e certeza. Parece que a melhor forma de obtê-lo será a que adotamos: um recurso para as decisões não finais e outro para as que ponham têrmo ao feito, *com ou sem julgamento do mérito*. Um terceiro, o extraordinário, para a reapreciação apenas de teses jurídicas ligadas à supremacia da Constituição e das leis federais e à harmonia da aplicação do Direito Federal, nêle entrando com parcela mínima a análise dos fatos. Com isto supera-se a estrutura atual, de nítido sabor canônico-barbárico, que em matéria de recursos nos foi legada pelo Direito Comum através das Ordenações Reinícolas e do Regulamento nº 737, que em nada contribuiu antes atrapalhou a nossa evolução processual [Grifos do autor]” (*Idem*).

apreciação do órgão que julgaria a revista ou os embargos, de divergência ou infringentes. Também a questão de constitucionalidade seguiria esse caminho.⁷⁰¹

Essa posição do autor, em especial no que concerne aos embargos de divergência, faz todo o sentido. Ora, se os julgamentos fossem “plenários” – conforme sugerido pelo autor – não haveria risco de divergências entre órgãos fracionários dos tribunais superiores, de modo a tornar desnecessário o recurso de embargos de divergência.⁷⁰²⁻⁷⁰³ E, de fato, é o que não raro acontece nos casos em que o recurso extraordinário é submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que pacifica o entendimento acerca da questão constitucional ventilada no recurso, sem possibilidade de ensejar embargos de divergência.

O entendimento, procedente com relação ao recurso de revista – que foi suprimido do CPC/1973⁷⁰⁴ –, não prevaleceu

⁷⁰¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados recursos? *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 136, p. 9-31, jun. 2006. p. 23.

⁷⁰² ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Dos recursos cíveis (Esboço legislativo)*, p. 37.

⁷⁰³ Destaca-se que contemporaneamente Bernardo Pimentel Souza defende a supressão do recurso utilizando a mesma construção acerca de sua desnecessidade. Propõe o autor que se elimine o julgamento dos recursos especiais e extraordinários em turmas, com a conseqüente extinção dos embargos de divergência. Assim, “de duas uma: ou o recurso seria julgado pelo relator por meio de decisão monocrática, quando a questão federal estiver pacificada, como já permite o artigo 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil; ou há vexata quaestio que exige o julgamento por colegiado maior, cujo pronunciamento revela desde logo o real entendimento do respectivo tribunal ad quem: Plenário da Suprema Corte ou Seção especializada do Superior Tribunal de Justiça” (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 598-599).

⁷⁰⁴ Comenta José Carlos Barbosa Moreira que “a supressão da revista só podia merecer aplausos. Esse recurso, na prática judiciária, jamais preencheu de modo satisfatório a função uniformizadora da jurisprudência, que lhe inspirara a criação” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 277).

quanto aos embargos de divergência. Como dito, sua previsão no CPC/1973 foi inserida por emenda no Senado Federal, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 546 nos seguintes termos: “além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário, ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário”.⁷⁰⁵

Note-se, contudo, que a nomenclatura permaneceu “embargos”, desacompanhada do adjetivo “divergência”, a exemplo do que havia sob a égide da Lei n. 623/1949. A expressão “embargos de divergência” apareceu, pela primeira vez, na Lei Complementar n. 35, de 14 de julho de 1979⁷⁰⁶, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura, em seu artigo 89, § 5º⁷⁰⁷ (que se refere ao já extinto Tribunal Federal de Recursos) e em seu artigo 101, §§ 1º e 3º⁷⁰⁸ (que se referem aos tribunais em geral).

⁷⁰⁵ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷⁰⁶ A notícia histórica é dada por José Carlos Barbosa Moreira, que assim comenta: “a ‘embargos de divergência’ *fora* do âmbito da Corte Suprema – existentes no campo trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 893, nº I, e 894, letra *b*), mas desconhecidos do Código – aludiu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em dispositivos sobre competência: os arts. 89, § 5º, letra *a*, e 101, § 3º, letra *a*, os quais atribuíram o processamento e o julgamento de tais embargos às seções especializadas, respectivamente do Tribunal Federal de Recursos e dos Tribunais de Justiça estaduais [Grifos do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 282).

⁷⁰⁷ Dispõe o artigo 89, § 5º: “o Tribunal Federal de Recursos funciona: I - em Tribunal Pleno; II - em Seções de Turmas especializadas; III - em Turmas especializadas. [...] § 5º - A cada uma das Seções incumbirá processar e julgar: a) os embargos infringentes ou de divergência das decisões das Turmas da respectiva área de especialização” (BRASIL. *Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁷⁰⁸ Pertinente reproduzir o teor do artigo 101, §§ 1º e 3º: “os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou

A partir dessa previsão constante no artigo 101 e seus parágrafos, chegou-se a cogitar a possibilidade de interpor embargos de divergência em outros tribunais que não as cortes de vértice. Inclusive o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo foi alterado logo após editada a Lei Complementar n. 35/1979, para contemplar regulamentação dos embargos de divergência no âmbito do tribunal.

Após intensos debates, o Plenário do Tribunal de Justiça de São Paulo pacificou o entendimento de que os embargos de divergência eram inadmissíveis no âmbito do tribunal. Dentre os argumentos suscitados no voto vencedor, destaca-se o fato de a Lei Complementar n. 35/1979 não ser uma lei processual, o que seria imprescindível para disciplinar os embargos de divergência e prever os requisitos para sua interposição.⁷⁰⁹ Assim, diante da falta de regulamentação, prevaleceu a orientação de que o recurso estaria limitado ao Supremo Tribunal Federal, que em 1980 alterou seu regimento interno, passando a prever o recurso de embargos de divergência em seu artigo 330.⁷¹⁰

O advento da Constituição Federal de 1988 implicou notáveis repercussões no ordenamento jurídico brasileiro,

Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno. § 1º - Salvo nos casos de embargos infringentes ou de divergência, do julgamento das Câmaras ou Turmas, participarão apenas três dos seus membros, se maior o número de composição de umas ou outras. [...] § 3º - A cada uma das Seções caberá processar e julgar: a) os embargos infringentes ou de divergência das decisões das Turmas da respectiva área de especialização” (BRASIL. *Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁷⁰⁹ TERRA, Marcelo. Embargos de divergência no tribunal de justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 606, p. 271-274, abr. 1986. p. 272.

⁷¹⁰ Eis o teor do artigo: “cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou Plenário, na interpretação do direito federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno, de 27 de outubro de 1980*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf>. Acesso em 4 dez. 2016).

notadamente a criação do Superior Tribunal de Justiça. Em razão disso, sobreveio a necessidade de promover mudanças na legislação processual civil a fim de adaptá-la aos novos preceitos constitucionais – valendo destacar, para os fins deste trabalho, a Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990⁷¹¹, alcunhada de Lei de Recursos. A lei, entre várias alterações, revogou o artigo 546 do CPC/1973 (que dispunha sobre os embargos pautados na divergência), em seu artigo 44, e previu, no artigo 29, ser “embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno”. Outrossim, em seu artigo 42, alterou a redação do artigo 496 do CPC/1973, inserindo os embargos de divergência no rol dos recursos previstos.⁷¹²

Por força dessas modificações, que tolheram a previsão genérica dos embargos e previram o seu cabimento apenas contra as decisões proferidas em recurso especial, o recurso deixou de ser cabível no âmbito do Supremo Tribunal Federal.⁷¹³ A esse respeito, Nelson Nery Junior sustenta ser facilmente perceptível a “falha do legislador”, porquanto não deveria ter restringido o cabimento do recurso às decisões oriundas de recurso especial.⁷¹⁴

A alteração legislativa dividiu opiniões na doutrina brasileira: enquanto alguns autores orientavam-se por uma interpretação literal (entendendo que por força da Lei n. 8.038/1990 não mais caberiam embargos de divergência no

⁷¹¹ BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷¹² BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷¹³ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 14.

⁷¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 127-128.

âmbito do Supremo Tribunal Federal)⁷¹⁵, outros defendiam que, a despeito da lei, o recurso teria subsistido por força da previsão insculpida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao qual a Constituição Federal de 1967 havia conferido *status* de lei.⁷¹⁶

Sem desconsiderar os fundamentos que subjazem o segundo posicionamento, entende-se que sob a égide da Constituição Federal de 1988 já não subsistia o caráter legislativo outrora conferido ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, na linha do que defende Nelson Nery Junior, “como não há recurso implícito no processo civil”⁷¹⁷, à falta de previsão específica, não seriam cabíveis embargos de divergência quando se tratasse de decisão proferida em sede de recurso extraordinário.

Aliás, por força do advento da Lei n. 8.038/1990, “restaram revogados o RISTF 330 a 336, naquilo que dispuseram sobre os embargos de divergência”⁷¹⁸, eis que os tribunais, por seus regimentos internos, não podem criar recursos não previstos em lei – competência que é privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

⁷¹⁵ É o caso, por exemplo, de Nelson Nery Junior (*Teoria geral dos recursos*, p. 127-128; Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul./set. 1995. p. 133) e Marcelo Pires Torreão (*Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 23).

⁷¹⁶ Nesse sentido, pondera Araken de Assis que a superveniência da Lei n. 8.038/1990 “não importou o desaparecimento dos embargos de divergência no STF. E isso porque, no alvitre do próprio tribunal, as normas regimentais porventura existentes na ocasião da promulgação da CF/1988 continuavam exibindo a força de lei formal que lhes outorgara o art. 115, parágrafo único, da CF/1967, no tocante à competência do plenário (letra *a*) e das turmas (letra *b*) e, principalmente, ao processo e julgamento “dos feitos de sua competência originária ou de recurso” (letra *c*)” (*Manual dos recursos*, p. 983).

⁷¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul./set. 1995. p. 133.

⁷¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 127-128.

Ocorre que, “a despeito de não existir mais base legal para o cabimento dos embargos de divergência em sede de recurso extraordinário, o STF considerou sua existência com suporte em seu regimento interno”⁷¹⁹, como comenta Flávio Cheim Jorge. Assim, era nítida a violação ao princípio da taxatividade⁷²⁰ porque os embargos de divergência, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, careciam de embasamento legal.

A questão só foi resolvida com o advento da Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994⁷²¹, que “corrigiu o cochilo do legislador”⁷²², ao restabelecer o cabimento dos embargos de divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (no artigo 546⁷²³ do CPC/1973). Passou-se a prever, então, que são

⁷¹⁹ CHEIM JORGE, Flávio. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 14.

⁷²⁰ Marcelo Pires Torreão comenta que por força do princípio da taxatividade, “não se pode utilizar de recurso que não tenha previsão expressa em lei federal, seja no Código de Processo Civil ou em leis esparsas. Portanto, inexistindo previsão legal que admitisse o recurso de embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal, a conclusão lógica consistia na impossibilidade jurídica de utilização do recurso na Corte Suprema. Contudo, na prática, o Supremo Tribunal Federal continuou admitindo a interposição do recurso em tela com base em seu Regimento Interno” (*Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*, p. 23).

⁷²¹ BRASIL. *Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994*. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8950.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷²² NERY JUNIOR, Nelson. Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul./set. 1995. p. 133.

⁷²³ O artigo passou a ter a seguinte redação: “é embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno” (BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

embargáveis as decisões de turmas – seja em recurso especial, seja em recurso extraordinário – que divergirem do julgamento de outra turma ou órgão colegiado das cortes de vértice (de seção ou da Corte Especial, no que concerne ao Superior Tribunal de Justiça; e do Plenário, em se tratando de Supremo Tribunal Federal).

A lei processual, que consubstanciou as hipóteses de cabimento do recurso – em observância à Constituição Federal –, relegou aos regimentos internos dos tribunais a incumbência de regulamentar o procedimento dos embargos de divergência. Por consectário, dedicam-se a discipliná-lo, atualmente, os artigos 330 a 336 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)⁷²⁴ e os artigos 266 e 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ)⁷²⁵.

As minúcias relativas ao procedimento recursal (desde a sua interposição até o seu julgamento) serão tratadas, oportunamente, na seção 3.6. Por ora, cabe destacar que a disciplina legislativa e regimental dos embargos de divergência não se mostrou suficiente a ponto de solucionar todas as dificuldades elucidadas pela prática forense. A jurisprudência, assim, exerceu papel fundamental na consolidação de vários entendimentos, muitos dos quais incorporados ao Código de Processo Civil de 2015, do qual se começa a tratar.

2.4.2.4 Código de Processo Civil de 2015

Em vigor desde 18 de março de 2016, o Código de Processo Civil de 2015 representa uma quebra de paradigma no direito processual brasileiro. Aprovado em um contexto

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁷²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

⁷²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

democrático⁷²⁶, foi objeto de acalorados debates ao longo de sua tramitação, com a participação de inúmeros estudiosos e entidades interessadas.

Vários são os pontos que merecem relevo, a começar por aquilo que se denominou tripé do novo código: o contraditório substancial, a adequada fundamentação das decisões judiciais e a valorização dos entendimentos sufragados nos tribunais. Desses três sustentáculos, a valorização jurisprudencial é, indubitavelmente, aquele que mais tem dado azo a estudos e a discussões doutrinárias, desde a tramitação do Código. Não por acaso, já na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código, elaborado pelo Senado Federal, constata-se o fôlego com que se justificam as várias alterações voltadas ao escopo de uniformizar a jurisprudência.

Assim, afora as lapidações de mecanismos já existentes – a exemplo da técnica de julgamento de recursos repetitivos, das súmulas e das súmulas vinculantes –, o diploma incorporou ao direito brasileiro o incidente de resolução de demandas repetitivas (com inspiração no direito alemão), o incidente de assunção de competência, bem como contemplou, em vários dispositivos, a necessidade de manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente, com vistas à própria coesão do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, os embargos de divergência assumem posição de destaque, enquanto recurso hábil a elidir posicionamentos dissonantes existentes no interior do Superior

⁷²⁶ Já na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código, consta a seguinte observação: “a legitimação democrática adveio do desprendimento com que ouvimos o povo, a comunidade jurídica e a comunidade científica. O volume das comunicações fala por si só: foram 13 mil acessos a página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentas e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto. Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida” (BRASIL. Senado Federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.⁷²⁷ Em razão disso, muito embora houvesse o intuito de suprimir alguns recursos existentes no direito brasileiro⁷²⁸, em prol da celeridade processual⁷²⁹, não se cogitou fazê-lo com os embargos de divergência.⁷³⁰ Pelo contrário, o Código de Processo Civil de 2015 não só manteve os embargos no rol taxativo de recursos, insculpido no artigo 994, como ampliou suas hipóteses de cabimento, na versão sancionada pela presidência da república.

A propósito, incumbe destacar excerto da Exposição de Motivos em que se comenta a respeito do alargamento das

⁷²⁷ Diz Pedro Miranda de Oliveira que “a inteireza positiva do direito federal seria ferida se não se atribuísse aos recursos excepcionais a missão de assegurar a uniformidade de interpretação das normas jurídicas positivas. Se dois cidadãos propõem duas demandas envolvendo casos análogos é de se esperar, em princípio, que recebam respostas iguais do Poder Judiciário. Na hipótese de se receberem respostas desiguais, faz-se indispensável o funcionamento de mecanismos assecuratórios para que se conheça os motivos da diferença de tratamento, e ainda, que se identifiquem as peculiaridades em virtude das quais um viu acolhida e outro rejeitada a sua pretensão. O último dos mecanismos para que se evite tal situação é o recurso de embargos de divergência” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 312).

⁷²⁸ Como de fato se fez em relação aos embargos infringentes (suprimidos enquanto recurso, mas substituídos, em certa medida, pela técnica de ampliação de julgamento, prevista no artigo 942 do CPC/2015) e em relação ao agravo de instrumento (que, embora não suprimido, teve suas hipóteses de cabimento notadamente restringidas, como se infere do artigo 1.015 do CPC/2015).

⁷²⁹ Sabe-se que há muito se atribui aos recursos a pecha de atravancar a tramitação processual, impedindo que se desenrole de forma célere. Araken de Assis pontua haver um “equivoco no diagnóstico” e um “caráter retórico do estigma imposto ao sistema recursal” (*Manual dos recursos*, p. 985).

⁷³⁰ Concorde-se com Araken de Assis quando sustenta que “o rol dos recursos dispensáveis decerto jamais incluiria os embargos de divergência. Ao contrário, tal meio de impugnação desempenha função relevante e imprescindível. Há que existir remédio para debelar a divergência intestina dos tribunais superiores. A incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da Justiça” (*Manual dos recursos*, p. 985).

hipóteses de cabimento do recurso em comento, reiterando a sua importância no processo civil brasileiro:

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.⁷³¹

De fato, a univocidade interpretativa no âmbito dos tribunais superiores é essencial à higidez da jurisprudência nacional e à garantia da segurança jurídica aos jurisdicionados. Como assenta Araken de Assis, “o fiel desempenho da ingrata tarefa atribuída aos tribunais superiores pressupõe a condição de eles próprios uniformizarem a respectiva jurisprudência”.⁷³²

Percebe-se que, inicialmente, as alterações quanto aos embargos de divergência foram imbuídas do propósito de pautar o recurso, exclusivamente, na existência de “teses contrapostas”, independente de sua natureza. Isso denota não só a evolução preconizada pelo CPC/2015 como também a preocupação sistemática com o papel dos tribunais superiores no direito brasileiro. Em síntese, bastaria a dissidência jurisprudencial endógena às cortes de vértice (*interna corporis*) para ensejar a interposição de embargos de divergência.

⁷³¹ BRASIL. Senado Federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷³² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 984.

Mas, aqui, cabe uma ressalva: o espectro alargado que o CPC/2015 conferiu aos embargos de divergência, em um primeiro momento, logo foi tolhido pela Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016⁷³³, que tornou natimortas algumas dessas inovações. Então, por força de uma lei aprovada às pressas, que trouxe em seu bojo muito mais do que sua justificativa apontava⁷³⁴, perdeu-se a oportunidade de avançar e de afastar os freios que restringem recurso tão importante como os embargos de divergência.

Expostos, em linhas gerais, alguns traços dos embargos de divergência – com o que se encerra o breve retrospecto histórico do recurso –, chega o momento de adentrar mais detidamente as suas características, tal qual previstas no Código de Processo Civil de 2015. Assim, no terceiro capítulo, discorrer-se-á sobre os requisitos de admissibilidade do recurso, com especial ênfase às suas hipóteses de cabimento e aos contornos da “divergência” que enseja sua interposição; os seus efeitos; as questões polêmicas e hipóteses de (des)cabimento; e os aspectos atinentes ao seu julgamento. Na moldura dessas abordagens não se deixará de contemplar as críticas inerentes e o necessário posicionamento a respeito.

⁷³³ BRASIL. *Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. Altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷³⁴ À primeira vista, a lei se destinava a promover alterações no que concerne ao processo e julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, notadamente com relação ao seu juízo de admissibilidade – a fim de que voltasse a ser bipartido, a exemplo do que ocorria sob a égide do CPC/1973, e não fosse realizado diretamente pelos tribunais superiores, como previa a redação original do Código, sancionada pela então presidente da república.

3 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Os embargos de divergência pressupõem o que se pode considerar uma contradição em termos: a constatação de divergência jurisprudencial entre órgãos colegiados dos tribunais superiores, incumbidos de zelar pela uniformidade do direito.

A importância do recurso reside exatamente no fato de ser a última oportunidade de eliminar dissídios jurisprudenciais⁷³⁵ – os quais, em alguns casos, configuram ameaça à prestação jurisdicional e põem em xeque o princípio da segurança jurídica, como visto nos capítulos anteriores. Então, delineado o arcabouço teórico sobre o qual se erige o presente trabalho, chega-se ao cerne do estudo proposto: analisar os embargos de divergência na configuração que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015.

À realização desse escopo, inicia-se enfrentando os requisitos de admissibilidade do recurso, suas hipóteses de cabimento, questões polêmicas e hipóteses de descabimento, efeitos e aspectos atinentes ao seu julgamento. A propósito, consigna-se desde já que o estudo não é apático às alterações perpetradas pela Lei n. 13.256/2016; pelo contrário, traz severas críticas a essa mudança legislativa advinda durante o período de *vacatio legis* do Código, que tornou natimortos vários dispositivos relativos aos embargos de divergência.

Em seguida, abordam-se as formas de insurgência da parte sucumbente contra as decisões que julgam os embargos de divergência e, por fim, discute-se acerca da eficácia das decisões proferidas em sede de embargos de divergência, examinando os efeitos daí decorrentes à luz do direito processual civil brasileiro. Então, o desfecho do presente trabalho dar-se-á com um tema bastante polêmico, que retoma tudo o que fora antes desenvolvido: em especial, o papel exercido pelas cortes

⁷³⁵ Como assenta Athos Gusmão Carneiro, a instituição dos embargos de divergência “decorre da absoluta necessidade, ínsita em nosso sistema constitucional, de os jurisdicionados encontrarem nos Tribunais superiores uma definição clara de qual a correta compreensão das normas constitucionais [...] e infraconstitucionais. A ‘última palavra’ só pode ser uma, não admite discrepância” (*Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 137).

superiores com vistas a outorgar unidade ao direito e propagar a segurança jurídica.

3.1 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Como todo recurso, os embargos de divergência sujeitam-se ao juízo de admissibilidade que requer a confluência de todos os pressupostos indispensáveis ao seu conhecimento para, só então, viabilizar o enfrentamento do mérito recursal.⁷³⁶ Diz-se, assim, que o juízo de admissibilidade “condiciona, ou seja, torna possível ou não o exame do mérito do recurso, antecedendo-o lógica e cronologicamente”,⁷³⁷ não podendo com ele se confundir⁷³⁸.

É que, conquanto o recurso seja o prolongamento do direito de ação no mesmo processo, exige-se, de igual forma, a observância de determinados requisitos indispensáveis à sua admissibilidade.⁷³⁹ Daí o paralelo que se pode traçar entre os *pressupostos processuais* – essenciais à propositura de qualquer ação – e os *pressupostos recursais* – que condicionam a

⁷³⁶ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. O recurso especial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 48, n. 190, p. 17-26, t. 1, abr./jun. 2011. p. 18.

⁷³⁷ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 76. Da mesma forma: ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 3, p. 141-160, set/out. 2001. p. 146.

⁷³⁸ Muito embora a prática forense elucide inúmeros exemplos de confusão entre mérito e admissibilidade.

⁷³⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. p. 150. Na dicção do autor, “o respeito aos pressupostos processuais nos recursos, pelos seus reflexos, é de grande importância, devendo merecer tôda a atenção dos recorrentes, para que o objetivo de ser satisfeita sua pretensão, negada na decisão recorrida, possa ser ao menos tentado, quando não colimado, pelo julgamento na instância superior” (*Idem*).

interposição dos recursos.⁷⁴⁰ Trata-se, em verdade, “da repetição do direito de ação em fase posterior do procedimento”⁷⁴¹.

O juízo de admissibilidade dos embargos de divergência é feito diretamente pelo tribunal superior⁷⁴² – Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal – que, ato contínuo, apreciará o seu mérito. O exame dos pressupostos é feito inicialmente pelo relator ao qual o recurso for distribuído (nos termos do artigo 266-C⁷⁴³ do RISTJ e do artigo 335, § 1º⁷⁴⁴, do

⁷⁴⁰ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*: Código de 1939. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. 3. p. 165-166.

⁷⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 31; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 223.

⁷⁴² Impende destacar que a versão original do Código, sancionada pela então Presidente da República, havia extirpado o juízo bipartido de admissibilidade também no que concerne ao recurso especial e ao recurso extraordinário. Assim, a admissibilidade de todos os recursos excepcionais (especial, extraordinário e embargos de divergência) seria analisada diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Várias foram as críticas a respeito dessa alteração, que perpassavam a sobrecarga de trabalho que a supressão do exame bipartido geraria aos tribunais superiores (nesse sentido, CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 81). Contudo, a Lei n. 13.256/2016, antes mesmo de o CPC/2015 entrar em vigor, resgatou o juízo bipartido de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, de forma que tudo permaneceu como era antes, na vigência do CPC/1973: os tribunais de segunda instância realizam um exame prévio de admissibilidade e, após a remessa do recurso ao tribunal superior, promove-se nova análise dos requisitos. Oportuno ressaltar que “o juízo de admissibilidade – seja ele positivo ou negativo – jamais importará em preclusão da faculdade processual, que assiste ao Tribunal *ad quem* [...] de reapreciar, em toda a sua extensão, a ocorrência, ou não, dos pressupostos legitimadores da interposição do recurso extraordinário [Grifos do autor]” (BUENO, Cássio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p. 200-234, out/dez.1996. p. 206).

⁷⁴³ Dispõe o artigo 266-C, do RISTF, que “sorteado o relator, ele poderá indeferir os embargos de divergência liminarmente se intempestivos ou se não comprovada ou não configurada a divergência jurisprudencial atual, ou negar-lhes provimento caso a tese deduzida no recurso seja contrária a fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão

RISTF), mas pode o órgão colegiado competente para o julgamento do recurso reanalisar os requisitos, considerando incumbir-lhe o exame definitivo quanto à admissibilidade do recurso. A análise feita pelo relator, portanto, não vincula o órgão competente para o julgamento do recurso, que poderá refazê-la, oportunamente, independente de provocação por parte do recorrido (isto é, independente de a matéria ter sido ventilada pela parte contrária em sede de contrarrazões).⁷⁴⁵

O juízo de admissibilidade dos embargos de divergência envolve maior complexidade, a exemplo dos demais recursos excepcionais, tendo em vista que além dos pressupostos genéricos, exige a verificação dos requisitos específicos⁷⁴⁶ à sua admissão – notadamente, a divergência, com todas as peculiaridades que serão tratadas de maneira específica na seção

geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/articula/view/3115/2936>>. Acesso em: 4 dez. 2016).

⁷⁴⁴ Destaca-se o teor do artigo 335, do RISTF: “interpostos os embargos, o Relator abrirá vista ao recorrido, por quinze dias, para contrarrazões. § 1º Transcorrido o prazo do caput, o Relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

⁷⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul/set. 1995. p. 125. Explica o autor que “como o juízo de admissibilidade é composto por matérias de ordem pública, devendo o juiz e o tribunal examiná-las de ofício, independentemente de requerimento da parte ou interessado, ainda que não haja o recorrido apontado a causa de inadmissibilidade do recurso, pode o juiz proferir novo juízo de admissibilidade, retratando-se e indeferindo o processamento do recurso” (*Idem*).

⁷⁴⁶ ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina. Teoria geral dos recursos. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 58, p. 150-156, abr/jun. 1990. p. 156.

3.4 deste trabalho. À falta de qualquer desses elementos, o recurso não estará apto a ultrapassar o juízo de admissibilidade e, por derradeiro, terá seu seguimento negado sem análise de mérito.

Conquanto o juízo de admissibilidade requeira a confluência dos pressupostos recursais, não é difícil visualizar sua natureza declaratória: ou os pressupostos se fazem presentes (e o recurso é admitido), ou se reputam ausentes (e acarretam a inadmissão do recurso). Então, ao proferir o juízo de admissibilidade, a conclusão exarada pelo órgão julgador reflete a presença ou a ausência dos requisitos necessários à admissão do recurso, sendo ambas as circunstâncias (presença e ausência) anteriores ao pronunciamento. Por essa razão José Carlos Barbosa Moreira refere, com acerto, que o pronunciamento pela admissão ou inadmissão do recurso não *gera* a existência ou a inexistência dos requisitos de admissibilidade, mas simplesmente *a reconhece*⁷⁴⁷.

O ponto que engendra maior dificuldade e comporta controvérsias doutrinárias tange à eficácia da decisão que versa sobre o juízo de admissibilidade: se *ex tunc* ou *ex nunc*. Em uma primeira análise, poder-se-ia afirmar que a eficácia é *ex tunc*⁷⁴⁸,

⁷⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 265. Da mesma forma entende Nelson Nery Junior, para quem “o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, tem natureza *declaratória*. Quando o juiz ou tribunal declara admissível ou inadmissível um recurso, nada mais faz do que afirmar situação preexistente. Não o conhecendo porque interposto além do prazo fixado na lei, o tribunal afirma que, quando o recorrente o interpôs, já havia decorrido o prazo para fazê-lo. E isto ocorre com qualquer dos pressupostos de admissibilidade do recurso” (*Teoria geral dos recursos*, p. 261).

⁷⁴⁸ Nesse sentido, Nelson Nery Junior sustenta que “o recurso não conhecido, por lhe faltar alguma das condições de admissibilidade, faz com que se tenha a decisão impugnada como transitada em julgado no momento em que se verificou a causa do não conhecimento do recurso (eficácia *ex tunc*), e não no momento em que o tribunal *ad quem* proferiu o juízo negativo de admissibilidade”. Tal eficácia não se verifica, todavia, quando a decisão houver enfrentado o mérito do recurso mas, de maneira errônea, conclua pelo seu “não conhecimento”. Nas palavras do autor, “a decisão errônea de *não conhecimento* não é *declaratória*, porque de juízo de admissibilidade negativo *não se trata*: é decisão

considerando que a decisão tem natureza declaratória (simplesmente reconhece a confluência ou não dos pressupostos recursais). Mas a questão é delicada e possui notável relevância ante sua ingerência direta na determinação da data do trânsito em julgado da decisão recorrida e, por consectário, do termo inicial para a propositura de ação rescisória⁷⁴⁹, em caso de inadmissão do recurso.

Entendem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que embora o juízo de admissibilidade tenha natureza declaratória sua eficácia nem sempre é *ex tunc*, o que criaria uma “situação iníqua”. Isso porque, a se entender que a decisão recorrida transitou em julgado antes da decisão que inadmitiu o recurso, poderia, nesse interregno (entre a interposição do recurso e a decisão que analisou os requisitos de admissibilidade), haver transcorrido o prazo para a propositura de ação rescisória. Assim, defendem os autores que apenas nos casos de intempestividade flagrante a decisão produziria efeito *ex tunc*,

negativa de mérito do recurso extraordinário” (*Teoria geral dos recursos*, p. 261-263).

⁷⁴⁹ Há que se ter em mente o enunciado da Súmula n. 401, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 401*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='401'>>.

Acesso em: 11 dez. 2016). Ocorre que esse enunciado foi editado sob a égide do CPC/1973, no qual não se admitia julgamento parcial de mérito. Com a alteração perpetrada pelo CPC/2015, que prevê expressamente a possibilidade de cisão do julgamento de mérito, conforme os capítulos e a cumulação de pedidos declinada na petição inicial, abre-se a possibilidade de haver vários prazos para o ajuizamento da ação rescisória, contados a partir do trânsito em julgado das decisões que enfrentaram cada capítulo. A fim de evitar problemas – de cunho procedimental, especialmente –, o próprio Código previu que esse prazo só terá início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Assim, dispõe o artigo 975, do CPC/2015 que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

de forma que o trânsito em julgado teria ocorrido antes mesmo da interposição do recurso.⁷⁵⁰

Flávio Cheim Jorge, por sua vez, advoga não ser possível atribuir efeito *ex tunc* ao juízo de admissibilidade recursal sem ressalvas, considerando a realidade brasileira. Defende, assim, que as situações devem ser analisadas caso a caso, inclusive porque “a simples interposição do recurso terá o condão de evitar o trânsito em julgado da sentença, em razão do efeito *ex nunc* que deverá ser atribuído à decisão de admissibilidade”⁷⁵¹.

O entendimento sustentado pelo autor requer algumas considerações. Em primeiro lugar, impende diferenciar a eficácia da decisão que aprecia a confluência dos pressupostos recursais (*ex tunc* ou *ex nunc*) do efeito obstativo. Enquanto o efeito obstativo impede a ocorrência do trânsito em julgado (sendo, assim, inerente à interposição dos recursos, desde que tempestivos)⁷⁵², a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão que inadmitte o recurso serve à aferição da data do trânsito em julgado (e, por derradeiro, do termo inicial do prazo para a propositura de ação rescisória).⁷⁵³

Feita essa ressalva, vê-se que o autor faz distinção entre os casos em que se opera a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. A seu ver, “o juízo de admissibilidade tem efeito *ex tunc* quando o recurso for interposto manifestamente fora do prazo”. Afora isso, tem efeito *ex tunc* também nos casos em que faltar preparo, por se tratar, assim como a intempestividade, de um aspecto que pode ser verificado de plano, objetivamente, de forma estreme de dúvidas. Por derradeiro, nos casos em que o recurso for inadmitido por outros motivos – que não a manifesta intempestividade ou a deserção –, “o trânsito em julgado será contado a partir da

⁷⁵⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 77. Como aduzem os autores, “de modo acertado, vêm decidindo nossos Tribunais em considerar a *intempestividade flagrante, como sendo o único caso em que se considera a coisa julgada como tendo sido formada antes da interposição do recurso*, e não no momento da decisão sobre sua inadmissibilidade” (*Ibidem*).

⁷⁵¹ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 83.

⁷⁵² Como será tratado na seção 3.5.1.

⁷⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 265.

decisão que reconheceu a ausência de um dos requisitos de admissibilidade”, produzindo efeitos *ex nunc*.⁷⁵⁴

Compreende-se o raciocínio do autor, mas importa tecer alguns comentários com relação ao preparo: à luz do CPC/2015, a insuficiência no valor do preparo ou a ausência da comprovação de seu pagamento não acarreta a inadmissão do recurso de imediato.⁷⁵⁵ Nessas hipóteses, deve o relator intimar o recorrente para, no prazo de cinco dias⁷⁵⁶, sanar o vício⁷⁵⁷ mediante a

⁷⁵⁴ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 84-85.

⁷⁵⁵ Isso só se aplica, todavia, aos recursos interpostos contra decisão publicadas na vigência do CPC/2015; caso contrário, aplica-se a lógica insculpida no CPC/1973. A propósito, cita-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto e a questão de direito intertemporal: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREPARO. COMPROVAÇÃO. JUNTADA DA GUIA DE RECOLHIMENTO. NECESSIDADE. 1. “Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento do CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 5). 2. Para a comprovação do preparo recursal, além do comprovante de pagamento, o recorrente deve juntar a guia de recolhimento correspondente, sob pena de deserção” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1451336/SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 29.11.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201400976070&dt_publicacao=29/11/2016>. Acesso em: 3 jan. 2017).

⁷⁵⁶ O Enunciado n. 82, do Fórum Permanente de Processualistas Civis reafirma a previsão legal salientando que essa intimação, por parte do relator, não constitui uma faculdade, mas sim um dever. *In verbis*: “é dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 82*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

⁷⁵⁷ Importante salientar que apenas a insuficiência do valor recolhido a título de preparo é considerada vício sanável pelo CPC/2015. A ausência de recolhimento de preparo, portanto, não constitui vício sanável, razão pela qual a lei prevê uma espécie de sanção, qual seja, a imposição do

complementação do valor (em caso de insuficiência do valor do preparo) ou promover o recolhimento em dobro (em caso de ausência de recolhimento).⁷⁵⁸ Na hipótese de o recorrente cumprir a determinação, restará satisfeito o requisito formal e não haverá óbices ao conhecimento do recurso. Caso contrário – isto é, caso o recorrente não tome qualquer providência –, o recurso será inadmitido.

Em ambas as hipóteses, embora a ausência de preparo seja aferível de plano, não fulmina de imediato o recurso, cuja admissão fica condicionada à ação ou inação do recorrente no prazo concedido pelo relator. Justamente em razão dessa possibilidade de sanar o vício (quando o recolhimento for insuficiente) ou de efetuar o pagamento em dobro (quando não for recolhido o preparo), caso o recorrente nada faça, entende-se que a decisão que inadmite o recurso não opera efeito *ex tunc* tal qual no caso de recurso intempestivo. Há uma retroação de efeitos, mas não à data em que foi intimado da decisão recorrida. Em síntese: se a lei processual prevê uma oportunidade de o recorrente suprir irregularidades concernentes ao preparo, não parece acertado sustentar que a decisão que inadmite o recurso, quando o recorrente permanecer inerte, retroaja à data de intimação da decisão recorrida.

pagamento em dobro. Esse ponto será retomado, oportunamente, na seção 3.1.2.2.

⁷⁵⁸ Ambas as possibilidades estão previstas no artigo 1.007, do CPC/2015, nos §§ 2º e 4º (que versam, respectivamente, sobre a viabilidade de complementação e sobre o recolhimento em dobro). Impende reproduzir o que diz o Código: “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. [...] § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. [...] § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

Diante do exposto, adere-se à opinião de José Carlos Barbosa Moreira: se a inadmissibilidade for aferível de plano, a interposição do recurso não terá operado o efeito obstativo e o trânsito em julgado, por sua vez, será verificado ou no “próprio instante da publicação, em se tratando de decisão irrecorrível”, ou no “instante em que, entre a publicação e a interposição, ocorreu o fato gerador da inadmissibilidade – v.g., no caso de ser admissível recurso diverso, não interposto, no termo final do respectivo prazo de interposição, escoado *in albis*”⁷⁵⁹. Agora, na hipótese de o recurso ser declarado deserto, “a coisa julgada da decisão recorrida formou-se no termo final do prazo cujo escoamento *in albis* produziu aquele efeito”⁷⁶⁰.

A relevância disso, frise-se, tange à definição do termo inicial para a propositura de ação rescisória. Todavia, o CPC/2015 resolveu a celeuma outrora instaurada, ao prever que o prazo decadencial para a propositura de ação conta-se a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.⁷⁶¹ Então, na prática, poderá a parte propor ação rescisória independentemente de se entender que a decisão acerca do juízo de admissibilidade tem eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*.

Delineadas as questões relativas à natureza e à eficácia do juízo de admissibilidade, passa-se ao exame dos requisitos que ensejam a admissão dos embargos de divergência.

À luz da classificação de José Carlos Barbosa Moreira, os pressupostos recursais – ou requisitos de admissibilidade – subdividem-se em duas espécies: requisitos *intrínsecos*, que têm relação com a própria existência do poder de recorrer (o cabimento, a legitimidade recursal, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer); e requisitos *extrínsecos*, que concernem à forma de exercício

⁷⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 267.

⁷⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, p. 137.

⁷⁶¹ A previsão consta no artigo 975, do CPC/2015, *in verbis*: “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

deste poder (a tempestividade, o preparo e a regularidade formal).⁷⁶²

De maneira diversa, Nelson Nery Junior leva em consideração não o poder de recorrer – critério em que se pauta José Carlos de Barbosa Moreira –, mas, sim, a própria decisão judicial.⁷⁶³ Nesse sentido, os fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer seriam requisitos extrínsecos e não intrínsecos. Isso explicita a divergência que há na doutrina quanto a essa classificação, conforme se adote a posição sustentada por José Carlos Barbosa Moreira ou por Nelson Nery Junior. Há uma convergência quanto à classificação dos requisitos de admissibilidade em intrínsecos ou extrínsecos e uma divergência quanto ao referencial considerado para classificá-los: o poder de recorrer ou a própria decisão judicial.

Outros autores, ainda, dividem os requisitos em objetivos ou subjetivos, conforme digam respeito ao próprio recorrente ou a questões que lhe são externas. É o caso de Miguel Seabra Fagundes, que considera *condições subjetivas do direito de recorrer* a capacidade processual e o interesse; e *condições objetivas* a tempestividade, o pagamento das custas e a motivação.⁷⁶⁴ Sálvio de Figueiredo Teixeira também adota a

⁷⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 263.

⁷⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de divergência – REsp. In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4. (Coleção Soluções Práticas de Direito). p. 973. Diz o autor que “para se aferir os pressupostos intrínsecos [aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada] leva-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada. De tal modo que, para se proferir o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado até o momento e da maneira como foi prolatado neste campo estão [...] o *cabimento*, a *legitimação para recorrer* e o *interesse em recorrer*. De sua vez, os pressupostos extrínsecos respeitam aos fatos externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes os dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a ela supervenientes. Deles fazem parte a *tempestividade*, a *regularidade formal*, a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo*” (*Idem*).

⁷⁶⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 29, 65.

classificação entre *requisitos subjetivos e objetivos*, compreendendo na primeira categoria a legitimidade do recorrente e a competência do juízo e, na segunda, a tempestividade, a adequação, a regularidade formal, o preparo.⁷⁶⁵ José Frederico Marques, por sua vez, denomina *pressupostos objetivos* a existência e adequação do recurso, a tempestividade, o preparo, a motivação e a regularidade procedimental; e *pressupostos subjetivos* a capacidade e a legitimação para recorrer.⁷⁶⁶ Utilizando-se das mesmas denominações, José Saraiva aduz serem *pressupostos subjetivos* a legitimidade e o interesse; e *pressupostos objetivos* a recorribilidade da decisão (cabimento), a tempestividade, a regularidade formal a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo.⁷⁶⁷

Adota-se, neste trabalho, a classificação sugerida por José Carlos Barbosa Moreira⁷⁶⁸ e, a seguir, analisa-se cada um dos pressupostos de admissibilidade dos embargos de divergência, a começar pelos requisitos intrínsecos.

3.1.1 Requisitos intrínsecos

Os requisitos intrínsecos relacionam-se à existência do poder de recorrer.⁷⁶⁹ São eles: o cabimento, o interesse recursal, a

⁷⁶⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 48, p. 5-19, mar/1990. p. 6.

⁷⁶⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 155.

⁷⁶⁷ SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 93.

⁷⁶⁸ A classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira também é adotada por Araken de Assis (*Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171) e Alexandre Reis Siqueira Freire (O recurso especial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 17-26, t. 1, abr/jun. 2011. p. 18).

⁷⁶⁹ De maneira diversa, entende Nelson Nery Junior que “os pressupostos *intrínsecos* são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesmo considerada. Para serem aferidos, levam-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada. De tal modo

legitimidade recursal e a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer.

3.1.1.1 Cabimento

O cabimento é aferido pela confluência de dois requisitos: a *recorribilidade* (isto é, o fato de o recurso estar previsto na lei processual) e a *adequação* (ou seja, ser o recurso adequado para a impugnação daquela decisão).⁷⁷⁰ Nesse âmbito, imperam o princípio da correspondência (segundo o qual contra cada decisão o sistema processual prevê um recurso cabível) e o princípio da unicidade ou da singularidade recursal (que preconiza a interposição de um único recurso contra cada decisão).⁷⁷¹

O artigo 1.043 do CPC/2015 contempla as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência que pressupõem, em essência, a existência de divergência jurisprudencial entre os órgãos fracionários do mesmo tribunal – portanto, entre turmas ou entre turma e Plenário no Supremo Tribunal Federal; e entre

que, para se proferir o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado. São eles o *cabimento, a legitimação para recorrer e o interesse em recorrer*” (*Teoria geral dos recursos*, p. 266).

⁷⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2. p. 303.

⁷⁷¹ Claro que o que o princípio da unicidade comporta exceções, a exemplo da interposição conjunta de recurso especial e recurso extraordinário nos casos em que a decisão recorrida afrontar dispositivo de lei federal e constitucional, simultaneamente. Rememore-se que, havendo um fundamento hábil à manutenção da decisão, o recurso interposto deve ter seu seguimento negado – conforme consignado no enunciado de Súmula n. 283 do STF – de forma que se imputa ao recorrente o ônus de se insurgir quanto a todas as questões ventiladas no acórdão recorrido. Assim, considerando que ambos os recursos (especial e extraordinário) possuem o mesmo prazo de interposição – 15 (quinze) dias úteis, conforme artigo 1.003, § 5º, do CPC/2015 – devem ser interpostos conjuntamente. Como pontuam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “havendo, pois, a possibilidade de interposição de mais de um recurso em face do mesmo pronunciamento judicial, não se estará aplicando o princípio da unicidade, *independentemente do conteúdo da decisão recorrida, se suscetível de divisão em capítulos, não*” (*Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 62).

turmas, turmas e seções, seção e Corte Especial ou entre seções do Superior Tribunal de Justiça. Então, em termos gerais, cabem embargos de divergência contra acórdão oriundo de órgão fracionário do tribunal sempre que a interpretação conferida à lei no acórdão recorrido destoar da interpretação que lhe foi conferida no acórdão paradigma.

Várias são as minúcias e as especificidades do acórdão recorrido e do acórdão paradigma que têm íntima relação com as hipóteses de cabimento.⁷⁷² Com razão, Pedro Miranda de Oliveira afirma que “o cabimento dos embargos de divergência é tema de notável complexidade”, eis que sempre foi alvo de inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no direito processual civil.⁷⁷³ Nesse enleio, considerando a densidade do tema, dedicar-se-á, integralmente, a seção 3.2 à análise das hipóteses de cabimento do recurso, com as peculiaridades e as discussões que lhe são ínsitas.

3.1.1.2 Legitimidade recursal

Outro requisito intrínseco de admissibilidade dos embargos de divergência é a legitimidade para recorrer. A legitimidade recursal abrange não só as partes⁷⁷⁴ que figuram no

⁷⁷² A cuja análise se dedica a seção 3.2 deste capítulo.

⁷⁷³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 313.

⁷⁷⁴ Na lição de Giuseppe Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada” (*Instituições de direito processual civil*, p. 768). Enrico Tullio Liebman, por sua vez, define como “parte” aquele que participa de um processo, seja por ter proposto a ação, seja por ter sido chamado a responder uma ação (*Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980. p. 89). No original: “*Por el hecho de participar en un proceso, esto es, por el hecho de haber propuesto una demanda en juicio o de haber sido llamada al mismo para hacer frente a una demanda, la persona adquiere una particular ‘cualidad’ o status, que es precisamente la cualidad de parte, de la cual surgen para ella numerosas situaciones subjetivas, activas y pasivas. El conjunto de estas situaciones subjetivas forma el contenido de la relación jurídica procesal* [Grifo do autor]”.

processo como também o Ministério Público e terceiros eventualmente interessados, conforme previsto no artigo 996⁷⁷⁵ do CPC/2015.

A legitimidade recursal das partes é de mais fácil visualização porque, em regra⁷⁷⁶, possuem legitimidade *ad causam*. Assim, figurando como parte do processo, assiste ao jurisdicionado o direito de insurgir-se contra determinada decisão, mediante a interposição de recurso – no caso, embargos de divergência.

O mesmo vale para os litisconsortes,⁷⁷⁷ ativos ou passivos, que igualmente sustentam a condição de parte – ainda que tenham sido incluídos no polo passivo no curso do processo, como ocorre

⁷⁷⁵ Nos termos do artigo 996, do CPC/2015, “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁷⁷⁶ Diz-se “em regra” porque, por vezes, a insurgência recursal pode erigir-se, exatamente, na ausência de legitimidade *ad causam*, de sorte que pretende a parte, por exemplo, ser excluída do polo passivo. Nesse caso, teria legitimidade recursal (na medida em que figura no processo como parte), mas não tem legitimidade passiva *ad causam* – porquanto seja parte ilegítima para responder quanto a determinado pedido formulado pelo autor na exordial.

⁷⁷⁷ Pertinente lembrar que “o litisconsórcio é facultativo ou necessário, conforme a obrigatoriedade de sua formação, e simples ou unitário, conforme a sorte dos litisconsortes no plano do direito material. O litisconsórcio pode ser facultativo e simples – v.g., o litisconsórcio formado pelos devedores solidários demandados em ação de cobrança –, facultativo e unitário – v.g., o litisconsórcio formado entre os condôminos que reivindicam a coisa comum em face de terceiro –, necessário e simples – v.g., o litisconsórcio formado pelos confinantes na ação de usucapião – ou necessário e unitário – v.g., o litisconsórcio formado entre o titular do domínio e o adquirente, demandados em ação pauliana” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Recurso de litisconsorte. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12. p. 391).

nas hipóteses em que é deferido o pedido de denunciação à lide (artigo 125 do CPC/2015), de chamamento ao processo (artigo 130 do CPC/2015), ou mesmo com a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica⁷⁷⁸ (artigo 135 do CPC/2015). De igual forma, o assistente simples possui legitimidade recursal, mas lhe é vedado contrariar a vontade do assistido porquanto sua posição de coadjuvante, de “auxiliar da parte principal” decorra expressamente da lei (como se infere do artigo 121 do CPC/2015).⁷⁷⁹

No que tange ao Ministério Público, a legislação processual prevê a possibilidade de interpor recursos tanto quando atua na condição de parte como quando atua na condição de fiscal da lei (nos processos em que houver interesse público ou social, de incapaz, ou litígios coletivos possessórios⁷⁸⁰), independentemente de ter havido recurso da parte.⁷⁸¹ Compete-

⁷⁷⁸ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 120. Explica o autor que “o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, inserido pelo CPC/2015 como modalidade de intervenção de terceiros, faz com que a pessoa física ou a pessoa jurídica estranha ao processo seja citada e passe a integrar a relação jurídica processual (art. 133) – inicialmente existente sem a sua participação. É forma de trazê-las para o processo e responsabilizá-las pelo resultado da demanda, fazendo com que tenham seu patrimônio alcançado pelo comando judicial, bem como que eventual alienação ou oneração de bens, havida em fraude contra execução, seja ineficaz em relação à outra parte. Com o ingresso desse terceiro no processo, ele poderá recorrer como parte” (*Idem*).

⁷⁷⁹ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 118.

⁷⁸⁰ Nos termos do artigo 178, do CPC/2015, *in verbis*: “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁷⁸¹ Conforme enunciado de Súmula n. 99 do Superior Tribunal de Justiça, “o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 99*. Disponível em:

lhe, entretanto, demonstrar o seu interesse recursal, sob pena de se confundir “o interesse potencial, que inspira a regra do art. 966, *caput*, e a efetiva ocorrência desse interesse perante o pronunciamento”, conforme pontua Araken de Assis.⁷⁸²

Importante salientar que o Ministério Público Estadual só tem legitimidade para interpor embargos de divergência nos casos em que figurar como parte, porquanto a legitimidade na condição de *custos legis* é restrita ao Ministério Público Federal no âmbito dos tribunais superiores.⁷⁸³ Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já inadmitiu embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público Federal na qualidade de fiscal da lei sob o argumento de ser “parte ilegítima para recorrer em litígio notoriamente privado, individual e de livre disposição”. Na ocasião, a Ministra Nancy Andrighi redigiu voto vencido, consignando que “o exercício de interposição foi praticado em função da atuação do Órgão Ministerial na qualidade de fiscal da lei” e, portanto, não haveria óbices à sua admissão.⁷⁸⁴

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='99'>>.

Acesso em: 11 dez. 2016).

⁷⁸² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 190.

⁷⁸³ Eis o que se infere do acórdão proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os EREsp n. 1.236.822/PR: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ATUAÇÃO COMO PARTE NO ÂMBITO DO STJ. POSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF E PELA CORTE ESPECIAL DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. [...] 4. O Ministério Público Estadual, nos processos em que figurar como parte e que tramitam no Superior Tribunal de Justiça, possui legitimidade para exercer todos os meios inerentes à defesa de sua pretensão. A função de fiscal da lei no âmbito deste Tribunal Superior será exercida exclusivamente pelo Ministério Público Federal, por meio dos Subprocuradores-Gerais da República designados pelo Procurador-Geral da República” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.236.822/PR. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 dezembro 2015. Publicação 05.02.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402542789&dt_publicacao=05/02/2016>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁷⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 385.783/RS. Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda

A legitimidade recursal do terceiro⁷⁸⁵ interessado é a que merece maiores digressões. Dispõe o Código que compete a esse terceiro demonstrar que a decisão proferida influi na sua esfera jurídica individual a ponto de lhe facultar a interposição do recurso (artigo 996, parágrafo único, do CPC/2015). Em realidade, nos termos da lei, a mera “possibilidade” de “atingir direito de que se afirme titular” já enseja a sua insurgência recursal.

Aproximam-se, nesse sentir, a legitimidade e o interesse recursal do terceiro (outro requisito intrínseco de admissibilidade), de forma que pode interpor recurso sempre que o meio de impugnação for útil e necessário para tutelar determinada situação que influa sobre sua esfera jurídica individual. Em razão dessa análise conjunta da legitimidade e do interesse jurídico do terceiro, Nelson Nery Junior sustenta que “somente aquele terceiro que poderia haver sido assistente (simples ou litisconsorcial) no procedimento de primeiro grau é que tem legitimidade para recorrer como terceiro prejudicado”.⁷⁸⁶

Essa aproximação entre legitimidade e interesse recursal do terceiro interessado também é suscitada por Flávio Cheim Jorge, ao versar que “o terceiro, em princípio, terá interesse em recorrer quando puder obter, por meio do recurso a ser interposto, o advento de uma situação mais vantajosa”. É dessa forma que o autor resume a hipótese em que restaria configurada a legitimidade recursal do terceiro, que, a seu ver, foi definida em termos imprecisos pelo CPC/2015, a exemplo que já se verificava na vigência do CPC/1973.⁷⁸⁷

Seção. Brasília, DF, julgamento em 27 outubro 2004. Publicação 15.06.2005. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301127182&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

⁷⁸⁵ Diz Miguel Seabra Fagundes que “terceiro, para efeito do recurso, é todo o estranho à relação processual, isto é, todo aquele que, nela podendo intervir (opoente, assistente etc), ou não, se conservou de fora até a sentença” (*Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 49). No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento, p. 164.

⁷⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 297.

⁷⁸⁷ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 122. A crítica do autor se sustenta basicamente em dois pilares: primeiro,

Também é legitimado a recorrer, na condição de terceiro, o advogado, desde que o objeto da insurgência adstrinja-se aos honorários advocatícios.⁷⁸⁸ Assim, é vedado ao advogado interpor recurso em nome próprio pleiteando a reforma da decisão com relação a outros pontos que não a verba honorária. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de divergência, que “excecionados os casos relacionados aos honorários advocatícios ou ao indeferimento de vista dos autos, com cominação de multa, o advogado não possui legitimidade para, em nome próprio, interpor recursos em prol dos interesses de seu constituinte”.⁷⁸⁹

Merece ressalva, ainda, a posição do *amicus curiae*. O CPC/2015 ampliou a participação do que se convencionou denominar de *amicus curiae* – isto é, “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada” –, admitindo que intervenha principalmente no julgamento de casos repetitivos.⁷⁹⁰ Todavia, na seara recursal, sua legitimidade é restrita a duas situações específicas: primeiro, à oposição de embargos de declaração; e, segundo, à interposição

porque o interesse desse terceiro pode não ser jurídico – mas “pode ser ele detentor de interesse econômico ou mesmo titular de um direito que acidentalmente venha a ser alcançado, sem que possua relação jurídica com qualquer das partes. Ou ainda pode ser detentor de mero interesse moral na solução do litígio”. Segundo, porque o substituto processual, tendo legitimação extraordinária (portanto, podendo requerer direito alheio em nome próprio) “por certo já poderia interpor recurso contra a decisão proferida nesse processo” (*Idem*).

⁷⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 197-198.

⁷⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 733.188/RS. Relator Ministro Og Fernandes. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 10 dezembro 2008. Publicação 24.09.2009. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701104190&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

⁷⁹⁰ Conforme se extrai do artigo 138, *caput*, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

de recurso contra a decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 138, §§ 1º e 3º, respectivamente).⁷⁹¹

Pela dicção da lei, o *amicus curiae* não tem legitimidade para interpor embargos de divergência. Não obstante, entende-se que entidades e órgãos de classe que apresentarem os requisitos previstos no CPC/2015, podem intervir no julgamento de embargos de divergência, considerando a magnitude e a importância do recurso – que visa, como reiteradamente destacado, a uniformizar a interpretação jurisprudencial acerca de determinada questão de direito.

A propósito, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 2009, ao admitir a habilitação de entidades interessadas nos autos de embargos de divergência, a fim de que apresentassem manifestações e contribuíssem para a fixação da tese.⁷⁹² No entanto, em 2013, a Corte Especial do mesmo tribunal entendeu não ser possível admitir a intervenção de *amicus curiae*

⁷⁹¹ A previsão insculpida no artigo 138 do CPC/2015 configura importante avanço, considerando que na vigência do CPC/1973 ponderava a ilegitimidade recursal do *amicus curiae*. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.273.643/PR. Relator Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 27 fevereiro 2013. Publicação 04.04.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101014600&dt_publicacao=04/04/2013>. Acesso em: 4 fev. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ED na ADI n. 3.582. Relator Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 17 março 2008, Publicação 02.05.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524355>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

⁷⁹² Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL – DEFERIMENTO DE INGRESSO DE SINDICATO COMO AMICUS CURIAE – RELEVÂNCIA DA MATÉRIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES. Esta Corte tem reiteradamente aceito o ingresso do *amicus curiae* nos feitos em que haja relevância da matéria como o presente, no qual se discute a incidência de PIS e COFINS sobre o faturamento das empresas locadoras de mão-de-obra. Agravo regimental improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 827.194/SC. Relator Ministro Humberto Martins. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 9 setembro 2009. Publicação 18.09.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802654994&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 11 dez. 2016).

diante da ausência de previsão legal⁷⁹³ – à época, na vigência do CPC/1973.

Com o CPC/2015 e a previsão insculpida em seu artigo 138, entende-se não haver óbices à admissão de entidades especializadas, com representatividade adequada, em sede de embargos de divergência. Ademais, admitir a participação de *amicus curiae* viabiliza a ampliação do debate acerca da tese jurídica, o que contribui para a fixação da interpretação que se afigure mais adequada e reafirma a importância dos embargos de divergência no direito brasileiro.

3.1.1.3 Interesse recursal

O interesse recursal pressupõe a confluência de dois aspectos: a *utilidade* e a *necessidade* do recurso.⁷⁹⁴ Versa a

⁷⁹³ Eis o que se extrai do acórdão assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AÇÃO COLETIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. PEDIDO DE INGRESSO DA ABRACON NO FEITO COMO AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INDEFERIMENTO MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A situação processual em questão difere do processamento do recurso especial repetitivo, em que o Relator, a seu juízo, pode, segundo precedentes desta Corte, admitir a manifestação de entidades que possam contribuir para o debate de controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. 2. Não há previsão legal para a admissão de *amicus curiae* em julgamento de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça, sendo, ademais, desnecessária a aglomeração de manifestações em processo subjetivo cujo mérito já foi enfrentado e resolvido pela Corte Especial em vários outros precedentes. 3. Agravo regimental desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.070.896/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 25 abril 2013. Publicação 10 maio 2013. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&n_um_registro=201200588449&dt_publicacao=10/05/2013>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁷⁹⁴ Leciona José Carlos Barbosa Moreira que o interesse em recorrer “resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação *mais vantajosa*, do ponto de vista

doutrina que a *necessidade* relaciona-se ao fato de a parte ter que manejar o recurso para obter o resultado pretendido. A *utilidade*, por sua vez, concerne à possibilidade de, mediante a interposição do recurso, melhorar o estado de fato em que a parte se vê imiscuída.⁷⁹⁵ Assim, para aferição do interesse recursal, o meio de impugnação deve mostrar-se apto (*necessidade*) a acarretar uma vantagem ou melhorar a situação⁷⁹⁶ da parte recorrente (*utilidade*).

Diz Sandro Marcelo Kozikoski que “a interposição de um recurso, sob o prisma procedimental, substancia ato de natureza *postulatória*, realçando o desejo do recorrente de tornar mais vantajosa sua condição no processo [Grifo do autor]”.⁷⁹⁷ Vê-se, assim, em especial por força da utilidade, que não é a mera sucumbência que autoriza a interposição do recurso.⁷⁹⁸ Afinal, em algumas situações pode haver interesse recursal, ainda que o resultado tenha sido favorável à parte recorrente, tão somente pela possibilidade de obter resultado ainda melhor na seara recursal.⁷⁹⁹

prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 298)

⁷⁹⁵ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 137.

⁷⁹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 31.

⁷⁹⁷ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 77.

⁷⁹⁸ MILHOMENS, Jônatas. *Dos recursos cíveis*: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 37. Refere o autor que “a sucumbência da parte e seu interesse em ver modificada, ou reformada, ou rescindida a sentença é uma das condições de admissibilidade do recurso” (*Idem*). Em sentido contrário, Vicente Greco Filho entende que a sucumbência é pressuposto subjetivo dos recursos e “se identifica com o interesse de recorrer, é a situação de prejuízo causado pela decisão. [...] Basta, para que haja sucumbência e, portanto, interesse de recorrer, que a decisão não tenha atendido a uma expectativa, explícita ou implícita, justa ou injusta” (*Direito processual civil brasileiro*, p. 311).

⁷⁹⁹ Cabe, aqui, o exemplo clássico, reiteradamente citado pela doutrina, do réu que recorre da sentença que lhe foi favorável – ao extinguir o processo sem resolução de mérito – a fim de que o pedido seja julgado improcedente, revestindo-se da coisa julgada material e da imutabilidade que lhe é inerente. A situação fica ainda mais nítida sob a égide do

Pontua Flávio Cheim Jorge, nesse sentido, que “a sucumbência formal somente poderá ser considerada representativa do interesse em recorrer, se a ela for somada a possibilidade de se conseguir um resultado vantajoso”.⁸⁰⁰ Então, não necessariamente o recurso será interposto pela parte vencida⁸⁰¹, mas sempre pela parte que tiver, entre outros, interesse recursal.⁸⁰² Ademais, prepondera na doutrina a noção de

CPC/2015, que restringiu a recorribilidade das decisões interlocutórias no curso do processo, por agravo de instrumento, relegando à apelação a oportunidade de discutir questões cujo interesse não será elidido pela superveniência de uma sentença favorável (como é o caso da multa fixada com fulcro no artigo 334, § 8º, do CPC/2015, por força do não comparecimento injustificado na audiência de conciliação).

⁸⁰⁰ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 141. E continua o autor, consignando que “a sucumbência formal não é, portanto, o único elemento identificador do interesse em recorrer. A sua presença pode, mas não necessariamente, revelar a existência do interesse em recorrer. O núcleo essencial do interesse em recorrer deve ser visto em termos de utilidade e se concentra na vantagem que o recorrente pode ter com a interposição do recurso” (*Ibidem*).

⁸⁰¹ A expressão é criticada por Araken de Assis que aponta ser “antiquada, lembrando uma concepção superada de processo, qual duelo ou jogo entre as partes, quando hoje se busca a colaboração das partes com o órgão judiciário para obter o provimento justo” (*Manual dos recursos*, p. 200).

⁸⁰² Andrea Proto Pisani explica que “a legitimação (ou o interesse) para recorrer deriva da sucumbência; normalmente a noção de sucumbência que exsurge é a sucumbência prática, entendendo-se como tal o fato de restar totalmente ou parcialmente sucumbente na demanda; excepcionalmente (nas impugnações imediatas contra sentenças não definitivas sobre questões e no regulamento necessário de competência) exsurge a sucumbência teórica, isto é, restar sucumbente a respeito de uma questão [Tradução nossa]” (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1994. p. 499). No original: “*la legittimazione (o l'interesse) ad impugnare deriva dalla soccombenza; normalmente la nozione di soccombenza che rileva è la soccombenza pratica, intendendosi per questa l'essere rimasto totalmente o parzialmente soccombente rispetto alla domanda; eccezionalmente (nelle impugnazioni immediate contro sentenze non definitive su questioni e nel regolamento necessario di competenza) rileva la soccombenza teorica, cioè l'essere rimasto soccombente rispetto ad una questione*”.

que o interesse recursal é aferível pelo dispositivo da decisão recorrida – e não pelos seus fundamentos.⁸⁰³

No que concerne aos recursos dirigidos aos tribunais superiores (especial e extraordinário) o interesse perpassa, também, o fato de ter o recurso impugnado todos os fundamentos em que se pautou a decisão recorrida. Caso a insurgência recursal abranja apenas um desses fundamentos – sendo, o outro, não impugnado, capaz por si só de manter a decisão –, então carecerá o recorrente de interesse recursal. É que, sob o ponto de vista da utilidade, inútil se afigura o manejo do recurso que deixou de versar sobre fundamento suficiente à manutenção da decisão recorrida.⁸⁰⁴

Em termos mais objetivos: mesmo que o recurso venha a ser provido, a decisão subsistirá em razão do fundamento não impugnado, em regra, sem qualquer vantagem para o recorrente. Diz Araken de Assis que um recurso interposto nessas circunstâncias “provoca atividade judiciária suplementar inócua e, na melhor das hipóteses, aperfeiçoa o teor do provimento sob o ponto de vista teórico”.⁸⁰⁵ Eis a razão que justifica os entendimentos reiterados nos tribunais superiores⁸⁰⁶ que foram

⁸⁰³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 42.

⁸⁰⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 587. Nesse sentido, o autor sustenta a aplicação da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal aos embargos de divergência (*Ibidem*, p. 588).

⁸⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 206.

⁸⁰⁶ A título de exemplo, destaca-se ementa de acórdão em que o Supremo Tribunal Federal versou que “assentando-se, o acórdão do Tribunal inferior, em vários fundamentos, impõe-se, ao recorrente, o dever de impugnar todos eles, de maneira necessariamente abrangente, sob pena de, em não o fazendo, sofrer a consequência processual da inadmissibilidade do recurso extraordinário (Súmula 283/STF), eis que a existência de fundamento inatacado revela-se apta a conferir, à decisão recorrida, condições suficientes para subsistir autonomamente” (BRASIL. AgRg no RE n. 319.736. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, DF, julgamento em 5 agosto 2003. Publicação 03.09.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338533>>. Acesso em: 25 set. 2016).

sedimentados na Súmula n. 126⁸⁰⁷ do Superior Tribunal de Justiça e nas Súmulas n. 283⁸⁰⁸ e 292⁸⁰⁹ do Supremo Tribunal Federal.

Analisando o interesse recursal à luz dos recursos cujo cabimento pressupõe a divergência jurisprudencial, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que tal requisito tem dois vieses: um que se traduz no interesse do próprio recorrente, em perceber melhora na sua situação individual; outro, que se exprime no interesse do próprio Estado de ver sanada a divergência e de unificar a interpretação acerca da questão de direito.⁸¹⁰

Concorda-se com o autor, em especial quando se trata de recursos excepcionais como os embargos de divergência, que prestigiam o caráter publicístico do processo e reafirmam a unidade do direito ao viabilizarem a eliminação dos dissídios jurisprudenciais endógenos aos tribunais superiores. Como aduz Alcides de Mendonça Lima, os *recursos de direito*, entre os quais os embargos de divergência, têm a finalidade de “atender à

⁸⁰⁷ Diz o enunciado que “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 126*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27126%27>>. Acesso em: 30 jan. 2017).

⁸⁰⁸ Na dicção do enunciado, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 283*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?s umula=2226>>. Acesso em: 25 set. 2016).

⁸⁰⁹ Nos termos do enunciado, “interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 292*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?s umula=2567>>. Acesso em: 25 set. 2016).

⁸¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 253.

integridade da norma jurídica, colocando em plano secundário a defesa do direito subjetivo das partes”.⁸¹¹

Embora não se olvide a “dupla motivação” em que repousa o interesse recursal, entende-se que a inadmissão do recurso por ausência de interesse só é possível na perspectiva do recorrente (nunca do Estado). Em verdade, os casos que configurariam falta de interesse do Estado acarretariam a inadmissão dos embargos de divergência pelo prisma do cabimento – e não do interesse recursal. Exemplo disso é o caso em que a divergência for considerada não atual: nesta hipótese, os embargos de divergência não são cabíveis porque o interesse do Estado de eliminar posicionamentos dissonantes não subsiste quando a dissidência já houver sido superada pelo tribunal.

Pode-se dizer, então, que a inadmissão do recurso na perspectiva do Estado se dá em razão do não cabimento, no âmbito dos requisitos intrínsecos de admissibilidade; ou em razão da inobservância das questões formais classificadas como requisitos extrínsecos de admissibilidade.

Por consectário, extrai-se que a aferição do interesse recursal adstringe-se à perspectiva subjetiva do recorrente. Daí decorre que inexistirá interesse recursal quando, a despeito da divergência *interna corporis*, o acórdão paradigma não proporcionar ao recorrente solução jurídica mais favorável que o acórdão recorrido. Ou seja, não haverá interesse se, do cotejo entre os entendimentos dissonantes, não se inferir possibilidade de melhorar o resultado obtido no processo – caso contrário, agiria a parte tão somente em prol do interesse público subjacente aos embargos de divergência, à revelia da própria teoria geral dos recursos.

3.1.1.4 Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer

A inexistência de fato extintivo ou impeditivo⁸¹² importa a ausência de circunstâncias que impeçam ou extingam o poder

⁸¹¹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 131.

⁸¹² Como já advertido, a inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer é tratada, neste trabalho, como requisito intrínseco de admissibilidade, tal qual classificou José Carlos Barbosa Moreira

recursal, o que denota um pressuposto negativo.⁸¹³ Todavia, a classificação dos fatos em impeditivos (que precedem a interposição do recurso) e extintivos (que sucedem sua interposição) não é uníssona na doutrina.

José Carlos Barbosa Moreira sustenta que a renúncia é fato impeditivo (impede a admissão do recurso) e a desistência é fato extintivo (implica sua extinção), ao passo que a aquiescência pode ser tanto fato impeditivo quanto extintivo (na medida em que se manifeste antes ou depois da interposição do recurso).⁸¹⁴ Araken de Assis, por sua vez, defende que a renúncia e a aquiescência são fatos extintivos, e a desistência é fato impeditivo.⁸¹⁵ No mesmo sentido, orienta-se Marcelo Pires Torreão, que acrescenta aos fatos impeditivos a renúncia ao direito pleiteado, o reconhecimento da procedência do pedido, a ausência de recolhimento da multa processual e a falta de encaminhamento no prazo legal do original do recurso interposto por fac-símile.⁸¹⁶

Flávio Cheim Jorge, ao contrário de alguns autores, entende que a renúncia e a aquiescência não constituem fatos extintivos do poder de recorrer, mas “um impeditivo ao exercício regular de um direito”. Assim, compreende como fatos impeditivos a desistência da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito sobre o que se funda ação, a transação, a renúncia ao recurso e a aquiescência. Como fato extintivo, classifica a desistência do recurso⁸¹⁷.

(*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 263), ressalvada a opinião em contrário de Nelson Nery Junior que a classifica como requisito extrínseco, com fulcro em outro critério, qual seja, a própria decisão recorrida, e não o poder de recorrer (Embargos de divergência – REsp. In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4. (Coleção Soluções Práticas de Direito). p. 973).

⁸¹³ No mesmo sentido: CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 153.

⁸¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 332.

⁸¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 210.

⁸¹⁶ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência*. Teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, p. 68.

⁸¹⁷ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 154.

Em verdade, a controvérsia doutrinária quanto à classificação em fatos extintivos ou impeditivos tem por referencial o momento processual em que essas circunstâncias são verificadas: se previamente à interposição do recurso (impedindo o seu manejo) ou posteriormente (implicando a sua extinção). Todavia, esses referenciais podem mudar, a exemplo da aquiescência, que pode ocorrer antes ou depois da interposição do recurso. Justamente em razão disso, opta-se por relegar a classificação a segundo plano e dar atenção à essência e aos efeitos de cada um desses fatos cuja presença acarreta a inadmissão do recurso. Tratar-se-á, assim, da desistência, da renúncia, da aquiescência e do prévio depósito da multa processual.

A desistência do recurso é uma faculdade do recorrente⁸¹⁸, que pode exercê-la a qualquer tempo⁸¹⁹, no todo ou em parte⁸²⁰, independente da anuência do recorrido⁸²¹, nos termos do artigo 998 do CPC/2015. Por pressupor, necessariamente, a interposição do recurso, pode-se afirmar, sem hesitação, ser fato extintivo do poder de recorrer.⁸²²

⁸¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 99. No mesmo sentido, Sandro Marcelo Kozikoski diz que a desistência “equivale à *revogação* do propósito motivador da impugnação recursal” (*Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 115).

⁸¹⁹ Na realidade, “a última oportunidade que o recorrente terá para desistir do recurso será até o último momento em que se pode manifestar, isto é, até a sustentação oral no Tribunal” (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 161).

⁸²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 331. Na dicção do autor, a desistência do recurso “pode ser total ou parcial, desde que divisível a matéria objeto da impugnação” (*Ibidem*).

⁸²¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 199. Nas palavras do autor, a “desistência pode ocorrer independente de assentimento da parte recorrida e qualquer que seja o estado do processo” (*Idem*).

⁸²² MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 165. Nas palavras do autor, a “desistência pressupõe recurso interposto, ao passo que a renúncia é anterior à formação do procedimento recursal, embora posterior à decisão favorável” (*Idem*). No mesmo sentido, MILHOMENS, Jônatas. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário*, p. 54.

Miguel Seabra Fagundes bem pontua que essa faculdade assiste inclusive ao litisconsorte cujo recurso aproveitam os demais que figuram no mesmo polo. Pelo fato de a lei prever a todos o direito de recorrer, não poderia o litisconsorte que não recorreu influir no direito do litisconsorte recorrente de desistir do recurso. Isto é, “o benefício que a impugnação de um co-partícipe do litígio possa acarretar ao outro não firma para êste qualquer direito à persistência do recurso”, mas constitui “mera consequência eventual da conexão íntima dos direitos de ambos”.⁸²³

Além de ser ato unilateral, independe de homologação pelo juiz⁸²⁴, bastando a mera declaração da parte recorrente⁸²⁵, seja por petição simples, seja de forma oral – na sessão de julgamento, por exemplo, desde que previamente ao início da votação pelos julgadores. Eis a peculiaridade que distingue a desistência do recurso da desistência da ação: enquanto aquela é ato unilateral, de natureza processual, que prescinde tanto de homologação quanto de anuência da parte recorrida; esta é ato de natureza processual e se manifesta após a contestação, depende de concordância da parte ré⁸²⁶ e de homologação pelo juiz⁸²⁷.

⁸²³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 201.

⁸²⁴ Importante ressaltar, recorrendo-se às palavras de José Carlos Barbosa Moreira, que “a desnecessidade da homologação não significa exclusão de *toda e qualquer* atuação do juiz (ou do tribunal)”. Cabe ao juiz “apurar se a manifestação de vontade foi regular e – através de pronunciamento meramente *declaratório* – certificar os efeitos *já operados*”, na medida em que a desistência opera efeitos de plano, pela simples manifestação de vontade (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 334-335).

⁸²⁵ Leciona Giuseppe Chiovenda que a desistência, ao contrário da renúncia, “importa numa declaração de vontade endereçada, não tanto ao adversário, a quem simplesmente se notifica (sem necessidade de aquiescência), quanto ao juiz” (*Instituições de direito processual civil*, p. 1315).

⁸²⁶ Conforme prevê o artigo 485, § 4º, do CPC/2015, “oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

Ainda, no caso de desistência da ação, recai sobre a parte autora a incumbência de arcar com custas processuais e honorários advocatícios (artigo 90, *caput* e § 1º, do CPC/2015); no caso de desistência do recurso, defende Sandro Marcelo Kozikoski que, por força do princípio da causalidade, recai sobre o recorrente o ônus de arcar com os honorários advocatícios relativos à fase recursal, em favor do procurador do recorrido⁸²⁸.

O CPC/2015, é importante destacar, trouxe expressa previsão aplicável aos casos em que o recorrente desiste do recurso selecionado pelo tribunal superior como representativo da controvérsia – por exemplo, nos casos de julgamento de recurso especial ou de recurso extraordinário repetitivo. Em se tratando de ato unilateral, não se pode obstar a desistência, que constitui uma prerrogativa do recorrente; entretanto, de maneira acertada, sedimentou-se o entendimento⁸²⁹ de que essa desistência não

⁸²⁷ Nos termos do artigo 200, parágrafo único, do CPC/2015, “a desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸²⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 118. Sustenta o autor que “em atenção à regra da causalidade, ainda que o recorrente venha a desistir do recurso, deverá arcar com eventuais honorários recursais, os quais deverão ser fixados na decisão homologatória, ficando ressalvados os casos em que a desistência for manifestada antes da resposta do recorrido ou da prática de quaisquer atos por seu procurador” (*Ibidem*). Entende-se que o posicionamento do autor é coerente com a justificativa que enseja a majoração dos honorários advocatícios em grau recursal: o trabalho adicional realizado pelos procuradores.

⁸²⁹ Como notícia histórica, impende rememorar que a primeira vez em que o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou a respeito da desistência recursal em recurso selecionado como representativo da controvérsia foi na Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.063.343/RS. Na ocasião, a Corte Especial, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi entendeu ser “inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/09 do STJ”. Assim, indeferiu o pedido de desistência (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp n. 1.063.343/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro

impede o julgamento da matéria subjacente ao recurso. Eis o que restou positivado no artigo 998⁸³⁰ do CPC/2015.

Tal orientação privilegia o caráter publicístico do processo, que se expressa de maneira especial no julgamento de recursos repetitivos – com o fito, justamente, de uniformizar o tratamento conferido a determinada questão de direito. Inclusive, defende-se uma interpretação extensiva do dispositivo, a fim de que tenha aplicação também nos casos de interposição de embargos de divergência, considerando ser recurso de suma importância, fundado no intuito de uniformizar a jurisprudência *interna corporis* nas cortes de vértice⁸³¹. Desta feita, uma vez interposto o recurso, o interesse público que o subjaz deve, da mesma forma que nos recursos repetitivos, prevalecer sobre o interesse particular do recorrente, que pode desistir do julgamento do recurso, sem que isso prejudique a fixação da tese jurídica pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

A renúncia, da mesma forma que a desistência, é ato unilateral e tem caráter potestativo⁸³², prescindindo de homologação judicial e de anuência da parte recorrida (como

2008. Publicação 04.06.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801289049&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016). Esse entendimento perdurou na vigência do CPC/1973 e, com o advento do CPC/2015, lapidou-se o tratamento a ser conferido em tais casos: admite-se a desistência por parte do recorrente, com a ressalva de que não impedirá o julgamento da questão pela corte de vértice. Trata-se de solução que, por um lado, prestigia o direito unilateral do recorrente, de desistir do recurso; mas, por outro, dá relevo à função exercida pelos tribunais superiores, incumbidos da função precípua de ditar a interpretação do direito e zelar pela sua uniformidade.

⁸³⁰ Prevê o artigo 998 CPC/2015 que “o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso” e que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸³¹ Conforme se discorrerá na seção 3.6.8 deste trabalho.

⁸³² KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 119.

prevê o artigo 999 do CPC/2015). Exige manifestação expressa do recorrente e é irreversível, de forma que não pode o recorrente retratar-se após ter renunciado ao recurso⁸³³. Contudo, “só se pode renunciar validamente ao direito de recorrer a partir do momento em que ele já seria exercitável *in concreto*: assim como não se desiste de recurso *ainda não interposto*, tampouco se renuncia a recurso *ainda não interponível*” [Grifos do autor]⁸³⁴.

A renúncia aqui mencionada, frise-se, refere ao recurso (ato de natureza processual, portanto) e não se confunde com o direito sobre o qual se funda a ação (esta, renúncia de direito material, admissível tão somente quando se tratar de direitos disponíveis). Outrossim, a renúncia só pode ocorrer antes de interposto o recurso (por exemplo, quando as partes entabulam acordo que põe fim ao processo, renunciando ao prazo recursal). Caso, após sua interposição, a parte não tenha interesse no julgamento do recurso, opera-se a desistência – e não a renúncia. Daí se afirmar que a renúncia é fato impeditivo do direito de recorrer.⁸³⁵

A aquiescência, por sua vez, consiste na aceitação⁸³⁶ tácita ou expressa⁸³⁷ da decisão recorrida⁸³⁸ (artigo 1.000 do

⁸³³ Diz Flávio Cheim Jorge que “efetuada a renúncia ao recurso, o recorrente não poderá mais voltar atrás, eis que a renúncia é irrevogável e produz efeitos imediatos, independentemente de qualquer homologação judicial. A renúncia é negócio jurídico unilateral, que prescinde da concordância ou consentimento da outra parte, devido à impossibilidade de causar-lhe prejuízos, razão pela qual deve ser visto como ato abdicativo e não receptício. É irrelevante a natureza da demanda discutida, se cuida de direitos indisponíveis ou disponíveis. Como a renúncia refere-se a um poder de natureza estritamente processual poderá sempre ser exercitada e conhecida de ofício pelo juiz” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 156).

⁸³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 341.

⁸³⁵ No mesmo sentido, Flávio Cheim Jorge, que compreende a renúncia como “um impeditivo ao exercício regular de um direito” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 154). Em sentido contrário: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 210; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 332.

⁸³⁶ Francesco Carnelutti refere à aceitação como “uma conduta do vencido contrária à impugnação, do mesmo modo que a convalidação consiste em uma conduta contrária à invalidação; e como a impugnação é poder da justiça do provimento, a aceitação se traduz em uma

CPC/2015). Indepe de forma especial, pode referir-se à totalidade ou à parcela da decisão e acarreta a definitividade da decisão. Pela dicção expressa do citado artigo 1.000 do CPC/2015, a aquiescência convola-se em fato impeditivo do poder de recorrer, mas concorda-se com José Carlos Barbosa que a interpretação não pode ser restritiva⁸³⁹. Em sentido contrário, Flávio Cheim Jorge sustenta que a aquiescência sempre precede a interposição do recurso, de forma que “se após a interposição do recurso o recorrente cumpre o comando da sentença, é o caso de falta de interesse superveniente e não de aquiescência”.⁸⁴⁰ De maneira semelhante, Araken de Assis defende que a aquiescência só é possível antes da interposição do recurso porque, depois, é caso de desistência⁸⁴¹.

A aquiescência pode ser tácita ou expressa. Ocorre aceitação tácita quando a parte manifesta comportamento incompatível ou contraditório com o ato de recorrer.⁸⁴² Veda-se,

admissão de sua justiça”. Refere, ainda, que essa aceitação pode ser tácita ou expressa (*Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 3. p. 779).

⁸³⁷ MILHOMENS, Jônatas. *Dos recursos cíveis*: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário, p. 115. Em sentido contrário: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 83. Para o autor, “a aceitação expressa ou tácita de uma decisão importa renúncia ao direito de impugna-la. A aceitação expressa é um acto processual, declaração unilateral de renúncia ao direito mesmo da impugnativa. [...] Para a aceitação tácita da sentença é de mister acto unívoca – e necessariamente incompatível com qualquer vontade de impugná-la” (*Idem*).

⁸³⁸ Para José Carlos Barbosa Moreira, “é intuitivo que também o terceiro prejudicado pode manifestar conformação com o pronunciamento que o desfavorece, inclusive tacitamente, praticando ato *incompatível* com a vontade de recorrer” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 348).

⁸³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 349.

⁸⁴⁰ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 159.

⁸⁴¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 222.

⁸⁴² Leciona José Carlos Barbosa Moreira que “no fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada *preclusão lógica*, que consiste, como é sabido, na perda de um direito ou de uma faculdade processual pelo

assim, que a parte se comporte de forma contraditória (*venire contra factum proprium*) – portando-se, por exemplo, em consonância com a decisão recorrida – sob pena de, em um primeiro momento, configurar fato impeditivo do poder de recorrer; e, em um segundo momento, posterior à interposição do recurso, fulminar a insurgência recursal.

Agora, impende ressaltar os casos em que a parte se vê obrigada a cumprir a decisão a despeito da interposição de recurso. É o que acontece quando o juiz, em caráter liminar, determina que o réu cumpra uma obrigação de fazer (por exemplo, a realização de reparos em um edifício). Se o réu, não obstante tenha interposto agravo de instrumento, não obtém o pretendido efeito suspensivo, ver-se-á compelido a cumprir a obrigação (sob pena de multa diária) e, paralelamente, poderá interpor agravo interno. Cumpre-lhe, nesse caso, noticiar nos autos que o cumprimento da obrigação não significa sua aquiescência na medida em que interporá, na sequência, o respectivo recurso.

Outro fato impeditivo do poder de recorrer mencionado pela doutrina é o prévio depósito da multa⁸⁴³, seja por força da reiteração de embargos de declaração protelatórios (artigo 1.026,

fato de se haver realizado uma atividade incompatível com o respectivo exercício” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 341). Ao versar sobre o assunto, Flávio Cheim Jorge assenta que se verifica incompatibilidade lógica, por exemplo, quando o réu recorre da sentença que acolheu a tese de ilegitimidade passiva, por si aventada. Nesse caso, diz que o réu não teria interesse recursal nem mesmo para perseguir um pronunciamento de mérito, porque, caso assim quisesse, não teria alegado sua ilegitimidade na contestação (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 153). Discorda-se do posicionamento do autor porque, em sede de contestação, recai sobre o réu o ônus de deduzir todas as teses passíveis de infirmar o direito do autor (em decorrência do princípio da concentração da matéria de defesa) de forma que, não o fazendo, terá perdido o momento específico para tal. Assim, coaduna-se com a orientação que reconhece o interesse recursal do réu para se insurgir quanto a sentenças processuais, terminativas, em busca do pronunciamento de mérito.

⁸⁴³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*, p. 262.

§ 3º⁸⁴⁴, do CPC/2015), seja por força da interposição de agravo interno declarado manifestamente inadmissível⁸⁴⁵ ou improcedente em votação unânime (artigo 1.021, § 4º⁸⁴⁶, do CPC/2015). Da própria dicção dos artigos se infere que a interposição do recurso subsequente fica condicionada ao prévio pagamento da multa; o não recolhimento, por conseguinte, é fato impeditivo do poder de recorrer.

A hipótese do agravo interno tem especial importância por se tratar de recurso interposto com o fito de provocar a manifestação do órgão colegiado. Assim, a interposição do agravo interno é essencial nos casos em que o recurso especial ou o recurso extraordinário for julgado de forma monocrática – o que não enseja, de imediato, a interposição de embargos de divergência, como se verá na seção 3.3.7. Assim, a despeito do risco de ser multada, a parte será obrigada a interpor agravo interno, provocando a prolação de decisão colegiada para, só então, interpor embargos de divergência (considerando ser questão que enseja dissidência jurisprudencial dentro do próprio

⁸⁴⁴ Oportuno destacar o teor do artigo 1.026, § 3º, do CPC/2015: “na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁴⁵ Explica Pedro Miranda de Oliveira que o recurso é *manifestamente inadmissível* “quando, visivelmente, lhe faltarem um ou mais de seus pressupostos, subjetivos ou objetivos” (Apontamentos sobre os poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 434).

⁸⁴⁶ Na dicção do artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, “quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

tribunal superior). Portanto, é indiscutível que essa exigência de multa constitui fato impeditivo do poder de recorrer.

Com essas digressões acerca dos requisitos intrínsecos de admissibilidade, passa-se a discorrer sobre os requisitos extrínsecos e suas peculiaridades no que concerne aos embargos de divergência.

3.1.2 Requisitos extrínsecos

A admissibilidade dos embargos de divergência pressupõe, também, a verificação de requisitos extrínsecos, a saber: a tempestividade, o preparo e a regularidade formal. São questões formais, adjacentes, porém externas ao poder de recorrer.⁸⁴⁷

3.1.2.1 Tempestividade

A interposição do recurso como prática de um ato processual sujeito à preclusão⁸⁴⁸ pressupõe a observância ao prazo peremptório⁸⁴⁹ estabelecido em lei. Como manifesta

⁸⁴⁷ Sob o prisma da decisão judicial, critério utilizado por Nelson Nery Junior, “os pressupostos *extrínsecos* respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes os dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a ela supervenientes. Deles fazem parte a *tempestividade*, a *regularidade formal*, a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo* [Grifos do autor]” (*Teoria geral dos recursos*, p. 266).

⁸⁴⁸ Na lição de Heitor Vitor Mendonça Sica, “ao fenômeno que explica a equiparação da prática do ato a destempo e a completa omissão a doutrina processual consolidada chama de preclusão temporal. Trata-se da consequência jurídica que a lei estabelece em face do acontecimento natural consistente no decurso do tempo” (*Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 128).

⁸⁴⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 78; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, p. 795. No mesmo sentido, lecionam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que os prazos peremptórios são caracterizados “pela sua absoluta imperatividade sobre as partes, as quais não podem alterá-los para mais ou menos, mesmo convencionalmente” (*Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 326).

Miguel Seabra Fagundes, a previsão de um prazo para interposição de recurso atende a três exigências: (i) o *interesse do vencido* em dispor de tempo razoável para avaliar a pertinência e redigir as razões para pleitear a reforma da decisão; (ii) o *interesse do vencedor* em ver a questão encerrada definitivamente; e (iii) o *interesse público* quanto à eliminação do conflito.⁸⁵⁰

Os embargos de divergência devem ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias úteis⁸⁵¹, conforme previsto no artigo 1.003, § 5º⁸⁵², do Código de Processo Civil de 2015. A propósito, o CPC/2015 andou bem ao unificar quase integralmente os prazos recursais: todos os recursos, à exceção dos embargos de declaração (cujo prazo é de 5 dias), devem ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação.

Mas nem sempre foi assim. Houve uma época em que existia “flagrante inconstitucionalidade no sistema de prazos dos embargos de divergência”⁸⁵³, a ponto de se relegar aos regimentos internos das cortes de vértice a disciplina não só do procedimento dos embargos de divergência como também das

⁸⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 68-69. De maneira similar, Flávio Cheim Jorge pontua que a “previsão de um prazo determinado para a interposição do recurso decorre de um valor funcional do direito, que é a segurança jurídica” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 163).

⁸⁵¹ Importante rememorar que com o advento do processo eletrônico, o prazo para a prática de atos processuais foi elasticado, de forma que é possível interpor o recurso até às 23 horas e 59 minutos do termo final do prazo – conforme previsto no artigo 10, § 1º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, e reproduzido no artigo 213, do CPC/2015. Caso o processo tramite em meio físico, todavia, o protocolo do recurso deve ser realizado durante o expediente forense, até às 19 horas (horário em que finda o expediente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal).

⁸⁵² O Código unificou os prazos recursais em 15 (quinze) dias úteis, à exceção dos embargos de declaração que devem ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias úteis. Eis o que preconiza o sobredito artigo 1.003, § 5º: “excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 322.

suas condições de admissibilidade – o que gerou, por exemplo, a incongruente disparidade entre o prazo previsto em lei para a interposição dos embargos de divergência (quinze dias) e o prazo previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para apresentar contrarrazões ao recurso (dez dias).

A respeito, vale reproduzir a crítica de Nelson Nery Junior:

Havia flagrante inconstitucionalidade no sistema de prazos dos embargos de divergência no regime anterior. Estes embargos vinham previstos pela LR 29 [Lei nº 8.038/90], e eram cabíveis somente no STJ. A norma infraconstitucional referida diz que se deve observar o *procedimento* estabelecido pelo regimento interno do STJ para o processamento dos embargos de divergência. Em primeiro lugar, cumpre-nos observar que a lei não pode delegar competência legislativa exclusiva do Poder Legislativo da União (CF 22 I) para que o tribunal, por meio de norma administrativa, discipline matéria de direito processual, como o é a das condições de admissibilidade e do processamento de recurso. Raciocinando, apenas para argumentar, que pudesse o tribunal regular recursos em seu regimento interno, verificaremos que o RISTJ estabelece 15 dias de prazo para a resposta nos embargos de divergência (RISTJ 276 *caput*), de acordo, portanto, com o postulado da isonomia. No entanto, o RISTF 335 § 2º fixava o prazo de 10 dias para contrarrazões dos embargos de divergência, quando a LR 29 [Lei nº 8.038/90] e o CPC 508 determinam 15 dias como sendo o prazo de interposição deste recurso. Parece-nos que o RISTF 335, § 2º, feria a CF, 5º, *caput*, sendo, portanto, inconstitucional, e não poderia ter aplicação no procedimento dos embargos de divergência no STF. Assim, tinha o recorrido quinze dias para contrarrazoar os embargos de divergência no

STF. Com o advento da L 8950/94, foram resolvidos dois problemas de uma só vez. Incluiu-se o recurso de embargos de divergência no CPC, 496, VIII, prevendo-o tanto no recurso especial quanto no extraordinário, e, além disso, estipulou-se o prazo unificado de 15 dias para sua interposição e resposta (CPC, 508), superando a inconstitucionalidade que aqui já vinha apontada, em edição anterior deste livro [Grifo do autor].⁸⁵⁴

A questão, não obstante superada, é de extrema relevância porquanto a equivalência entre o prazo para interposição do recurso e o prazo para a apresentação de resposta (em forma de contrarrazões) atende ao princípio da isonomia na medida em que dispensa igual tratamento às partes – recorrente e recorrida.

O cômputo do prazo recursal se dá em dias úteis, considerando-se a sua natureza processual⁸⁵⁵, excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento⁸⁵⁶, e seu curso será suspenso nos dias compreendidos entre 20 de dezembro de 20 de janeiro, inclusive⁸⁵⁷. Também haverá suspensão do prazo recursal quando sobrevier obstáculo criado em detrimento da parte ou quando for verificada alguma das hipóteses previstas no artigo 313 do CPC/2015, que ensejam a suspensão do processo.

⁸⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 322-323.

⁸⁵⁵ Eis o que prevê o artigo 219, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015: “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁵⁶ Tal qual impõe o artigo 224, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁵⁷ Nos termos do artigo 220, *caput*, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

Aqui, há que se fazer uma ressalva: prepondera, na doutrina, o entendimento de que não podem as partes, de comum acordo, convencionar a suspensão do prazo recursal.⁸⁵⁸ Isso, sob o argumento de que “o interesse público, preconizado pela real possibilidade da formação da coisa julgada, afasta o interesse dos particulares e impede a possibilidade de convenção das partes de dilatar o prazo recursal, bem como suspendê-lo ou interrompê-lo”.⁸⁵⁹ Compreende-se que a marcha processual não se pode protrair no tempo, indefinidamente; mas é difícil imaginar que as partes acordariam em suspender o curso do prazo recursal sem um motivo relevante⁸⁶⁰.

Ademais, é de se questionar se esses argumentos subsistem à luz da sistemática inaugurada pelo CPC/2015, que inverte a lógica até então vigente, atribuindo às partes papel mais ativo na condução do processo (a exemplo da possibilidade de entabularem negócio jurídico processual, com fulcro no artigo

⁸⁵⁸ Nesse sentido, assenta José Carlos Barbosa Moreira que “as causas de suspensão e de interrupção dos prazos recursais são unicamente as previstas *expressis verbis* e as que decorram do sistema da lei. Não tem relevância, aqui, a vontade, ainda concorde, das partes: neste aspecto, o trânsito em julgado da decisão escapa ao seu poder dispositivo. Por isso mesmo não se prorroga mediante acordo o prazo de interposição, que é peremptório (art. 182), nem se admite a suspensão convencional do processo para dilatá-lo [Grifos do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 366). Consonante é a opinião de Miguel Seabra Fagundes para quem, sendo o prazo recursal peremptório, está “sujeito às normas que regem o instituto da decadência, sendo insuscetível de prorrogação voluntária, pois que a improrrogabilidade é característica fundamental dos prazos de decadência (por oposição aos prescritivos), como resultado da sua própria razão de ser” (*Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 78-79). Também Flávio Cheim Jorge sustenta que “o nosso sistema processual, corretamente, não empresta relevância à vontade das partes, para suspender ou interromper o curso do prazo recursal, estando, rigorosamente, fora da disponibilidade das partes (matéria de ordem pública)” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 192).

⁸⁵⁹ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 193.

⁸⁶⁰ Por exemplo, na hipótese de estarem em tratativas de acordo quando iniciado o prazo recursal e, não obstante, optem por suspendê-lo a fim de, eventualmente, findar o litígio de forma consensual, sem ter que arcar com custos (relativos ao preparo recursal) e sem ter que instar o órgão *ad quem* com mais um recurso.

191⁸⁶¹). Claro que se trata de assunto denso, que ensejaria estudo específico; mas, em primeira análise, parece que o argumento não subsiste após o advento do CPC/2015 e não haveria razão para se sustentar que a suspensão do prazo recursal escapa à ingerência das partes.

O artigo 221 do CPC/2015 aduz que haverá suspensão do curso do prazo “ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 313”⁸⁶². Entre as hipóteses do artigo 313, do CPC/2015, figura a suspensão do processo pela convenção das partes, em seu inciso II. Ora, da interpretação literal da lei, exsurge nítida a possibilidade de se suspender o prazo recursal de comum acordo entre as partes, por petição conjunta, por exemplo. Coincidente é a opinião de Araken de Assis, para quem, “o art. 221 institui simetria entre os eventos suspensivos do processo (art. 313) e a suspensão do prazo recursal”, de forma que “a suspensão convencional do processo (art. 313, II) não interferia com o prazo recursal já iniciado, e, agora, suspenderá tal prazo”, o que constitui “inovação expressiva, relativamente ao direito anterior”⁸⁶³.

Afora as hipóteses de suspensão, o CPC/2015 prevê a interrupção do prazo para interposição de recurso quando “sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado ou ocorrer motivo de força maior que suspenda o curso do processo”, nos termos do artigo 1.004⁸⁶⁴. Quanto à primeira hipótese, só acarretará a interrupção do prazo se a parte houver constituído um único procurador e este vier a falecer. Caso haja outros procuradores constituídos, não restará configurada a hipótese prevista na lei processual e, por consectário, não ocorrerá

⁸⁶¹ Prevê o artigo 191 do CPC/2015 que “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁶² BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016.

⁸⁶³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 242.

⁸⁶⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

interrupção do prazo recursal.⁸⁶⁵ Quanto à segunda hipótese, a *força maior* referida na lei “é fato de repercussão necessariamente *transindividual*, não restrita a determinado litigante, e por isso mesmo capaz de justificar a suspensão do *processo* [Grifos do autor]”, como leciona José Carlos Barbosa Moreira.⁸⁶⁶

Outro evento que interrompe o prazo para interposição de embargos de divergência é a oposição de embargos de declaração por qualquer das partes. O efeito interruptivo, nesse caso, opera-se em favor de ambas as partes⁸⁶⁷, exceto na hipótese de os embargos terem sido opostos intempestivamente – quando o efeito interruptivo não aproveitará à parte embargante, mas tão somente à parte embargada, conforme entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸⁶⁸ Isso porque, em síntese, não

⁸⁶⁵ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 132.

⁸⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 373.

⁸⁶⁷ Eis o entendimento que prepondera na doutrina: os embargos de declaração, desde que tempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos (FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos, p. 89). Em sentido contrário entende Flávio Cheim Jorge que “apenas os embargos que tenham seus méritos efetivamente apreciados terão o condão de interromper o prazo recursal. Caso contrário, ausente qualquer dos requisitos de admissibilidade, o prazo para a interposição dos outros recursos flui normalmente, como se não tivessem sido opostos os embargos de declaração. Afinal, a recurso que não preenche os requisitos de admissibilidade não se pode atribuir qualquer efeito” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 182). Nesse sentido, o autor critica o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece que os embargos de declaração, ainda que não preencham os requisitos de admissibilidade, operam o efeito interruptivo, exceto quando forem intempestivos.

⁸⁶⁸ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “quanto ao embargante, os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo para a interposição de novos recursos, mas interrompem, quanto ao embargado, que não tem como verificar de plano a referida intempestividade. [...] é preciso ter presente que o Sistema Processual deve existir para dar segurança jurídica às partes, não para oportunizar surpresas. Ressalte-se que aqui o recorrente está sendo prejudicado por uma irregularidade a que não deu causa, está sendo cerceado em seu

se pode imputar à parte embargada o ônus de aferir a tempestividade do recurso interposto pela parte adversa. Logo, também não poderá ser prejudicada por eventual intempestividade, até porque o embargante pode ter manejado os aclaratórios fora do prazo de forma proposital, com o intuito de induzir o embargante a erro quanto ao prazo para interposição dos embargos de divergência.

Importante salientar que o CPC/2015 relativiza a necessidade de ratificação do recurso interposto paralelamente aos embargos de declaração. Assim, se a parte interpôs embargos de divergência antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte contrária, só terá que ratificar o recurso caso a decisão dos embargos implique alteração da decisão recorrida.⁸⁶⁹ Nessa mesma ocasião, além de ratificar o recurso, terá a parte oportunidade de complementar ou alterar suas razões recursais “nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração” – conforme o permissivo insculpido no artigo 1.024, § 4º, do diploma processual civil.

Retomando a questão do prazo recursal, nos casos em que houver litisconsórcio e os litisconsortes forem representados por diferentes procuradores, vinculados a escritórios distintos, será contado em dobro apenas se os autos do processo forem

direito de recorrer por uma falha cometida justamente pela parte adversária. Quer dizer, a intempestividade do recurso da parte contrária em vez de agravar a situação processual desta, muito pelo contrário, está agravando a situação processual do recorrente. É mister reconhecer, portanto, que, em casos como o presente, o recurso de apelação não pode ser considerado intempestivo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 869.366/PR. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Brasília, DF, julgamento em 30 junho 2010. Publicação 30.06.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601584760&dt_publicacao=30/06/2010>. Acesso em: 6 jan. 2017).

⁸⁶⁹ Assim já defendia Eduardo Ribeiro de Oliveira, na vigência do CPC/1973 (Embargos de divergência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 154).

físicos⁸⁷⁰. Com a difusão do processo eletrônico, em especial nos tribunais superiores, a tendência é que a regra da contagem em dobro caia em desuso, por não se subsumir na hipótese legal. De qualquer forma, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública aproveitam o prazo em dobro, independentemente de o processo tramitar em meio físico ou eletrônico⁸⁷¹.

O termo inicial do prazo recursal, em regra, é o dia útil subsequente à data da intimação. Considerando que os embargos de divergência são interponíveis em fase avançada do processo, quando as partes já têm procuradores constituídos nos autos, na maior parte das vezes a intimação será realizada por publicação no diário de justiça eletrônico, de forma que o prazo terá início no dia útil subsequente⁸⁷². Contudo, várias são as formas pelas quais pode a parte ser intimada: publicação no diário de justiça eletrônico dirigida ao seu advogado, ofício com aviso de recebimento, intimação pessoal por mandado, retirada do processo em carga, abertura do prazo no sistema do processo eletrônico, ou mesmo qualquer outro ato que denote ter, a parte, ciência inequívoca⁸⁷³ da decisão passível de recurso.

⁸⁷⁰ Conforme artigo 229, § 2º, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁷¹ Eis o que preveem os artigos 180, 183 e 186 do CPC/2015, respectivamente (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁷² Expressa e específica aos recursos é a previsão do artigo 1.003, *caput*, do CPC/2015: “o prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁷³ Comenta José Carlos Barbosa Moreira que “tem-se entendido, com boas razões, que se equipara à intimação, para o efeito de fazer correr o prazo, qualquer ato de que se infira a inequívoca ciência da decisão (v.g., a retirada dos autos de cartório pelo advogado). Realmente, aqui encontra boa aplicação o princípio da instrumentalidade das formas”

Cabe destacar, todavia, que a intimação não implica abertura do prazo recursal, dispondo a lei sobre o seu termo inicial, a depender da forma pela qual a parte foi intimada para a prática do ato processual (no caso, a interposição do recurso). Assim, por exemplo, quando a intimação for pelo correio, o prazo recursal terá início na data da juntada aos autos do respectivo aviso de recebimento; quando a intimação for pessoal mediante mandado, iniciará na data em que houver a respectiva certificação nos autos; quando for por ato do escrivão, na secretaria, o prazo

(Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 32, n. 100, p. 187-199, dez. 2005. p. 193). Concorda-se com o autor porque denota boa-fé e se coaduna com o propósito de celeridade processual, sem apor entraves ao prosseguimento do feito e dispensando formalidades desnecessárias para fins de intimação. Assim, poder-se-ia sustentar que o advogado que comparece na sessão de julgamento, faz pedido de preferência ou sustentação oral e acompanha o julgamento, deve se considerar intimado para fins de interposição de recurso. Todavia, impende ressaltar que por vezes há um lapso temporal transcorrido desde o julgamento até a disponibilização do acórdão no sítio eletrônico do respectivo tribunal, que pode superar, por exemplo, 5 (cinco) dias úteis – que é o prazo para oposição dos embargos de declaração. Ademais, ao passo que em audiência, por exemplo, as partes têm condições e oportunidade de conferir o respectivo termo (a fim de constatar se tudo o que foi versado e deliberado nele constou), tal não ocorre, em regra, nas sessões de julgamento. O que se quer dizer é que, a depender dos termos consignados no acórdão, o interesse recursal pode advir quando da sua publicação (pense-se na hipótese de haver erro material apto a ensejar embargos de declaração – por exemplo, a condenação consubstanciada no acórdão não reflete o que restou decidido na sessão de julgamento). Portanto concorda-se com a tese da ciência inequívoca; mas deve-se proceder com parcimônia, a fim de não prostrar entendimentos jurisprudenciais que violem, por exemplo, o princípio da não surpresa ou o princípio da segurança jurídica. Afinal, como salienta Flávio Cheim Jorge, “a *ciência inequívoca* constitui inegavelmente uma exceção à clássica regra do direito processual, em que, mesmo não tendo havido regular procedimento de intimação, o prazo recursal começa a fluir. Essa excepcionalidade exige uma análise sempre cuidadosa e restritiva, que permita caracterização de ciência inequívoca apenas quando exista certeza absoluta, imune de qualquer dúvida de que a parte recorrente teve efetivo e integral conhecimento do teor da decisão recorrida” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 166).

terá início na mesma data; quando for por meio eletrônico, o termo inicial será o dia útil subsequente à abertura do prazo (independentemente de ter ocorrido de forma automática, pelo próprio sistema, ou por provocação da parte); quando se der pela retirada dos autos em carga, será o dia útil subsequente à data da retirada. Com relação ao prazo recursal do terceiro interessado, inicia na data de intimação das partes⁸⁷⁴.

Verificado o termo inicial, deve a parte interpor o recurso no prazo previsto na lei processual, sob pena de lhe ser tolhida esta faculdade, operando-se a preclusão temporal. A rigor, há a possibilidade de interposição do recurso após o transcurso do prazo legal; contudo, eivado de intempestividade, não será admitido e será considerado não interposto, com todas as consequências daí provenientes. Então, para fins de aferição da tempestividade, o que importa é o protocolo do recurso no prazo previsto em lei⁸⁷⁵.

Em breve retrospecto na história recente do processo civil brasileiro, constatam-se as várias controvérsias instauradas com relação ao protocolo dos recursos⁸⁷⁶, em especial os endereçados aos tribunais superiores. À revelia do direito das partes, que seria pretensamente tutelado pelo tribunal ao apreciar o recurso, as atenções voltavam-se às formas de fulminar a insurgência recursal ainda na fase de admissibilidade, com práticas típicas do

⁸⁷⁴ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 170.

⁸⁷⁵ Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “decisivo para a aferição da tempestividade do recurso é o protocolo, qualquer que seja a respectiva forma” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 365).

⁸⁷⁶ Exemplo disso é a questão da legibilidade do carimbo de protocolo do recurso, mencionada por José Carlos Barbosa Moreira na seguinte passagem: “tem-se decidido que o fato de ser ilegível o carimbo do protocolo, com a data de apresentação do recurso, obsta ao conhecimento deste, porque impede a verificação da tempestividade. Mas não parece justo fazer recair sobre o recorrente a consequência de defeito do próprio serviço judiciário, que escapa a seu controle. Caberia ao menos abrir-lhe a possibilidade de suprir a falha, comprovando por meio idôneo que o recurso foi interposto a tempo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 365). Eis apenas uma das várias situações em que se imputava às partes os efeitos perniciosos decorrentes de fatos exclusivos de terceiros.

que se convencionou denominar “jurisprudência defensiva” – ou “ofensiva”, na opinião de Pedro Miranda de Oliveira.⁸⁷⁷

Com o advento do CPC/2015, foram positivadas várias regras procedimentais concernentes à interposição dos recursos que fulminaram essas velhas práticas⁸⁷⁸. Aliás, o simples fato de o Código preocupar-se em disciplinar, detalhadamente, questões de cunho procedimental (por exemplo, o protocolo integrado do recurso endereçado ao tribunal superior) já denota quão absurdos eram os posicionamentos jurisprudenciais que zelavam pela forma, em detrimento do mérito.⁸⁷⁹

⁸⁷⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 67. Explica o autor que, “aquilo que se convencionou chamar de ‘jurisprudência defensiva’, [...] é, na verdade, *jurisprudência ofensiva*: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensivo ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania. A *jurisprudência ofensiva* escancara uma lógica perversa: a primazia do *checklist* sobre a matéria de fundo, ou seja, a prevalência da forma em detrimento do mérito [Grifos do autor]” (*Idem*).

⁸⁷⁸ Sandro Marcelo Kozikoski diz que, com o advento do CPC/2015, “tem-se, então, verdadeira normatização *contrafática*, com vistas a coibir os padrões decisórios que buscavam tão somente descongestionar os Tribunais [Grifo do autor]” (*Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 69).

⁸⁷⁹ A título de exemplo: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO POR FAX: ORIGINAIS APRESENTADOS FORA DO PRAZO LEGAL. TEMPESTIVIDADE EXAMINADA CONSIDERANDO A DATA DE PROTOCOLO DOS ORIGINAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRELEVÂNCIA DA DATA DA REMESSA PELOS CORREIOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA: RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDv no AgR no AgR no RE n. 351.747. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 23 setembro 2009. Publicação 04.12.2009. Disponível em:

A primeira grande questão, com direta ingerência sobre a tempestividade, é a de se considerar tempestivo o recurso interposto antes do termo inicial do prazo recursal⁸⁸⁰. O CPC/2015 pôs fim à dita *extemporaneidade* – isto é, a interposição de recurso antes da publicação da decisão –, admitindo como tempestivos os recursos interpostos previamente ao início do prazo recursal.

Nem parece crível imaginar que outrora, sob a égide do CPC/1973, chegou-se a reputar tais recursos extemporâneos, a ponto de considerá-los inadmissíveis – penalizando, nitidamente, as partes que agiam com tamanho zelo a ponto de adiantar-se à abertura do prazo recursal. Agora, na vigência do CPC/2015, tal questão não mais se discute, nem as partes se sujeitam à insegurança jurídica ao interpor recurso antes do termo inicial do prazo recursal.

Pressupõe-se, no entanto, que a decisão já tenha sido publicada, no sentido de ter sido trasladada aos autos, porque só a partir de então passa, de fato, a existir. Como leciona Araken de Assis, “o ato decisório ingressa no mundo jurídico com a sua publicação ou emissão. Publicar sentença ou acórdão significa inserir o ato no processo através de documento próprio”⁸⁸¹. Daí porque não se pode confundir a publicação da decisão com a intimação das partes mediante publicação no diário da justiça, em nome de seus procuradores⁸⁸².

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606555>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

⁸⁸⁰ O artigo 218, § 4º, do CPC/2015 derrui quaisquer dúvidas quanto à tempestividade do recurso interposto antes do termo inicial do prazo. Da mesma forma, o Enunciado n. 22 do Fórum Permanente de Processualistas Civis reafirma a dicção legal: “o Tribunal não poderá julgar extemporâneo ou intempestivo recurso, na instância ordinária ou na extraordinária, interposto antes da abertura do prazo” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 22*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.).

⁸⁸¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 227.

⁸⁸² Sobre o assunto, esclarecedora é a explicação de Flávio Cheim Jorge: “confusão que não pode ser feita é quando se diz que o prazo tem início com a publicação da decisão. A publicação da decisão não se confunde com a intimação das partes. A decisão considera-se publicada quando

Outra alteração importante promovida pela legislação processual ora em vigor concerne à aferição da tempestividade recursal nos casos em que os recursos dirigidos aos tribunais superiores forem interpostos mediante protocolo postal. Prevê-se, expressamente, que a data a ser considerada é a data da postagem⁸⁸³ – e não a data em que o recurso chega ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, exatamente ao contrário do que se sustentava sob a égide do CPC/1973, por construção jurisprudencial. Dessa sorte, por expressa previsão legal, restou superado⁸⁸⁴ o enunciado de Súmula n. 216 do STJ⁸⁸⁵.

passou a ter a natureza de ato processual. Isso ocorre ao ser lida em audiência, ou entregue em cartório para juntar-se aos autos. A partir desse momento, assumiu a natureza de um ato do processo, de um ato do Estado. A dificuldade às vezes ocorre porque uma das formas de intimação é através da publicação pela imprensa” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 171).

⁸⁸³ A previsão está insculpida no artigo 1.003, § 4º, do CPC/2015, *in verbis*: “para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁸⁸⁴ Comungam da mesma opinião Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz: “em nossa opinião, dito enunciado [súmula n. 216] merece cancelamento, na medida em que ele contraria uma regra expressa da teoria geral dos recursos do NCPC. A manutenção da súmula 216 atrita com a premissa constitucional do livre acesso à justiça” (*Manual dos recursos cíveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 99).

⁸⁸⁵ A Súmula n. 216 previa exatamente o contrário do que ora está previsto no Código de Processo Civil de 2015: “a tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 216*. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='216'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='216'>)>.

Acesso em: 25 set. 2016). Assim, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou o Enunciado n. 96, que consigna justamente estar “superado o enunciado 216 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 96*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

Pode-se considerar louvável essa alteração levada a cabo com o advento da nova lei processual, que se volta contra a jurisprudência defensiva, consolidada nos últimos anos – sempre como forma de impedir a ascensão de recursos aos tribunais superiores, sem a menor preocupação com o direito da parte, subjacente à lide⁸⁸⁶. Reflete, na verdade, a quebra de paradigma encampada pelo CPC/2015 no sentido de primar pelo mérito, em detrimento do formalismo excessivo⁸⁸⁷, típico do diploma processual civil anterior.

A tempestividade é requisito objetivo do recurso, que só pode ser relativizado por expressa previsão legal. Assim, a lei prevê hipóteses em que se faculta a interposição de recurso após o decurso do prazo por força de justa causa⁸⁸⁸ – isto é, “evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário” (artigo 223 do CPC/2015). Em se tratando de evento pontual, que atinge a parte recorrente, a justa causa (ou justo impedimento) “precisa ser *provada*, devendo entender-se

⁸⁸⁶ Assenta Sandro Marcelo Kozikoski que “a posição draconiana do STF e do STJ, revelada na forma de interpretações rígidas relativamente à verificação dos pressupostos recursais, influenciou sobremaneira os demais Tribunais brasileiros, fenômeno esse que mereceu exame atento do legislador de 2015” (*Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*, p. 79).

⁸⁸⁷ Na dicção de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o excesso de formalismo conduziria [...] à exaltação das prescrições formais como fim em si mesmo, de modo manifestamente incompatível com as finalidades sociais do processo moderno” (Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genesis, v. 27, p. 22-51, jan/mar. 2003. p. 25).

⁸⁸⁸ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “a ‘justa causa’ tem conotação *particular*, bastando, para configurá-la, acontecimento que tenha atingido *individualmente* aquele que a invoca, sem perturbar o feito de modo geral [Grifo do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 373). Sendo assim, nas palavras de Flávio Cheim Jorge, “o justo impedimento não se confunde com a força maior. Esta é de natureza transindividual e atinge o processo de maneira generalizada. O justo impedimento é um acontecimento que somente repercute na pessoa daquele que pretende recorrer, isoladamente. O fato atinge a parte impedindo-a, assim, de interpor o recurso pretendido” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 190).

que qualquer meio de prova é utilizável [Grifo do autor]”⁸⁸⁹. Caso o recorrente não faça prova da justa causa, deve o relator intimá-lo a sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias⁸⁹⁰, nos termos do artigo 932, parágrafo único, do Código – entendimento este que inspirou o Enunciado n. 551 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁸⁹¹. Resta saber se essa interpretação será acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça que, por ora, mesmo na vigência do CPC/2015, segue inadmitindo recursos ante a ausência de comprovação da justa causa, sem intimar o recorrente para sanar o vício⁸⁹².

⁸⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 375.

⁸⁹⁰ Leciona Pedro Miranda de Oliveira que essa previsão insculpida no CPC/2015 encerra “uma *obrigação* e uma *proibição*. O relator é obrigado a intimar o recorrente para corrigir a falha no prazo de cinco dias. De outra parte, o relator está proibido de inadmitir o recurso, sem antes intimar o recorrente para sanar o vício. O desrespeito ao dispositivo, não há dúvida, implicará nulidade da decisão de inadmissão [Grifos do autor]” (O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 950, p. 107-132, dez. 2014, p. 115).

⁸⁹¹ Diz o Enunciado n. 551 do FPPC que “cabe ao relator, antes de não conhecer do recurso por intempestividade, conceder o prazo de cinco dias úteis para que o recorrente prove qualquer causa de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal a justificar a tempestividade do recurso” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 551*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

⁸⁹² Cita-se, a título de exemplo, acórdão proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 16/11/2016: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA CONHECIMENTO DE RECURSO INTEMPESTIVO. INCONFORMISMO COM RESULTADO DA LIDE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 183 do CPC/1973 c/c artigo 223 do CPC/2015, decorrido o prazo para a interposição do recurso, extingue-se o direito de praticar o ato, exceto se a parte comprovar a ocorrência de justa causa. 2. Segundo consolidada jurisprudência, a tempestividade é matéria de ordem pública, podendo

Na contramão do formalismo excessivo típico do CPC/1973, o CPC/2015 preconiza a primazia do julgamento de mérito e releva tudo quanto for possível para que a parte tenha a resposta jurisdicional pretendida.⁸⁹³ Bastaria invocar a possibilidade de sanar vícios para se constatar a quebra de paradigma engendrada pelo CPC/2015, inclusive no que concerne aos recursos endereçados aos tribunais superiores (há previsão expressa acerca da possibilidade de desconsiderar vícios formais reputados “não graves” pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso especial e de recurso extraordinário⁸⁹⁴).

Contudo, entende-se que a intempestividade não constitui um vício sanável, pelo simples fato de não poder, a parte, voltar no tempo e tornar tempestivo ato que foi praticado fora do prazo previsto em lei. Araken de Assis vai mais longe ao afirmar que “dentre os requisitos de admissibilidade, o único absoluto, insuperável por força da preclusão a que tem direito o recorrido, é a tempestividade”.⁸⁹⁵

ser reconhecida, a qualquer tempo, pelo julgador. A justa causa, porém, justificante da interposição do recurso extemporâneo, deve ser comprovada na vigência do prazo ou até 5 (cinco) dias após a cessação do impedimento. 3. Sendo intempestivo o recurso interposto pela ora agravante, por não ter sido protocolado dentro do prazo legal, apresenta-se descabido o argumento da existência de força maior, pois a recorrente apenas apresentou seus motivos sobre a alegada justa causa dias após a interposição do agravo interno extemporâneo. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AgInt nos EAREsp n. 247.327/PR. Relator Ministro Jorge Mussi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 25.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402483100&dt_publicacao=25/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

⁸⁹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 990.

⁸⁹⁴ Eis o que preconiza o artigo 1.029, § 3º, do CPC/2015: “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁸⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 228.

Assim, é possível sanar vícios que tangenciam a intempestividade – como, por exemplo, comprovar que o recurso foi interposto tempestivamente por força da ocorrência de um feriado local (artigo 1.003, § 6º, do CPC/2015), ou mesmo comprovar que houve justo impedimento, a ensejar sua interposição após o decurso do prazo; mas não é possível sanar a intempestividade em si.

3.1.2.2 Preparo

O preparo constitui outro requisito extrínseco de admissibilidade, cuja ausência acarreta, em última análise, a inadmissão do recurso por força da deserção.⁸⁹⁶ Assim, a interposição dos embargos de divergência exige, entre outros, o pagamento do respectivo preparo⁸⁹⁷, cujo recolhimento deve ser

⁸⁹⁶ Leciona Nelson Nery Junior que na sistemática processual civil brasileira, a deserção é consectário tanto da *ausência* (em caso de não recolhimento) quanto da *irregularidade* do preparo (seja por força do recolhimento a menor ou por força da não comprovação do recolhimento efetuado) (Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul/set. 1995. p. 125). Diversamente, aduz Araken de Assis que a deserção é sanção historicamente atrelada à ausência de preparo, e não à insuficiência do seu recolhimento – visto que “eventuais diferenças no valor recolhido, constatadas ou apuradas durante a tramitação do recurso, acabavam complementadas a final” (*Manual dos recursos*, p. 260).

⁸⁹⁷ Aos embargos de divergência interpostos no Superior Tribunal de Justiça, o preparo é no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), conforme previsto no Anexo, Tabela B, da Lei n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007 (BRASIL. *Lei n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11636.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016). Aos embargos de divergência interpostos no Supremo Tribunal Federal, o preparo é no valor de R\$ 91,46 (noventa e um reais e quarenta e seis centavos), de acordo com o artigo 1º, Tabela B, item IV, da Resolução n. 581, de 8 de junho de 2016, do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n. 581, de 8 de junho de 2016*. Dispõe sobre as tabelas de custas e a tabela de porte de remessa e retorno dos autos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/custaProcessual/anexo/RESOLUCA>

comprovado pela parte no momento em que interpõe o recurso. Em razão dessa simultaneidade exigida entre a interposição do recurso e a comprovação do preparo recursal, diz-se que o direito brasileiro adotou a regra do *preparo imediato*⁸⁹⁸.

A despeito dessa regra, que exige a prática de ambos os atos (comprovação e interposição) no mesmo momento processual, faculta-se à parte a possibilidade de sanar o vício – seja na hipótese de insuficiência de recolhimento, ausência de recolhimento ou falta de comprovação – desde que o recurso seja interposto com fundamento no CPC/2015, contra decisão publicada também na vigência do Código.⁸⁹⁹

O_581_16DISPOE_SOBRE_TABELAS_DECUSTAS.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016).

⁸⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 164. Diz Nelson Nery Junior que “o momento para a prática do ato processual ‘preparo’ é coincidente com o da interposição do recurso. Trata-se de ato complexo, composto pela interposição do recurso e pela efetivação do preparo. Os dois atos têm de ser praticados *simultaneamente*, isto é, no mesmo momento processual. Caso isto não ocorra, a parte que praticou apenas um deles, ficará impedida de praticar o outro, por haver ocorrido a *preclusão consumativa* [Grifos do autor]” (Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul/set. 1995. p. 125).

⁸⁹⁹ A restrição existe por força do entendimento sedimentado no Enunciado Administrativo n. 2, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo n. 2*. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 16 dez. 2016). Assim, entende o tribunal superior que os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 devem observar estritamente a regra do preparo imediato, comprovando-se, já no ato de sua interposição, o respectivo recolhimento, sem concessão de prazo para sanar o vício – que só seria viável nos casos de insuficiência de preparo, com fulcro no artigo 511, do CPC/1973. Nesses termos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDiv em AREsp n. 536.274/RO. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401515471&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016. Embora essa orientação emane do próprio Tribunal Superior, não é

Assim, em caso de insuficiência, a parte pode sanar o vício no valor recolhido, a parte será intimada para promover a complementação no prazo de 5 (cinco) dias, como preconiza o artigo 1.007, § 2º. Em caso de ausência de recolhimento ou de comprovação, a intimação será para efetuar o pagamento do preparo em dobro,⁹⁰⁰ nos termos do artigo 1.007, § 4º⁹⁰¹, do CPC/2015.

As previsões insculpidas no artigo 1.007 são, em verdade, especificações da regra geral de sanabilidade de vícios trazida pelo artigo 932, parágrafo único: pautado no princípio da primazia do mérito recursal, o CPC/2015 privilegia o conteúdo em detrimento da forma, relegando a segundo plano questões formais que outrora fulminavam as insurgências recursais de imediato.⁹⁰²

Nesse contexto, as alterações perpetradas na regulamentação do preparo foram bem recebidas por combaterem velhas práticas, como expressam Sérgio Gilberto Porto e Daniel

isenta de críticas; entende-se que a aplicação imediata da lei processual e, especialmente, a mudança de perspectiva operada pelo CPC/2015 (conteúdo, em detrimento da forma) ensejariam a possibilidade de sanar o vício, ainda que se tratasse de recurso interposto sob a égide do antigo diploma.

⁹⁰⁰ Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha destacam que essa “dobra do valor” tem natureza de multa. Assim, explicitam que “caso o recorrente seja vencedor, esse valor não entrará no monte ‘despesas da sucumbência’, que deve ser suportado pelo vencido. Multas não são despesas processuais [Grifo dos autores]” (*Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, p. 129).

⁹⁰¹ Consigna Flávio Cheim Jorge que a “ausência do pagamento do preparo não gera automaticamente a deserção. O recorrente passa a ter o direito de ser intimado para recolhê-lo posteriormente, desde que o faça no valor em dobro. Assim, o § 4º do art. 1.007 do novo CPC permite que, nos casos em que não comprovado de plano o recolhimento do preparo, o recorrente seja intimado para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 212-213).

⁹⁰² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, p. 127; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 990.

Ustárróz.⁹⁰³ A propósito, concorda-se com Araken de Assis que a sanabilidade prevista na legislação processual deve ser compreendida em acepção ampla, de forma a reputar supríveis “quaisquer vícios atinentes à falta de preparo”.⁹⁰⁴

Em visão mais restritiva, Flávio Cheim Jorge opina que a possibilidade de complementação do preparo assiste ao recorrente desde que o recolhimento tenha sido efetuado a menor por força de um erro escusável, quando não era possível saber de antemão qual valor a ser recolhido (caso contrário, poderia servir para acobertar má-fé).⁹⁰⁵ O que sugere o autor, todavia, não está albergado na legislação processual: prevê-se simplesmente a possibilidade de sanar o vício, de forma que eventuais interpretações restritivas nesse mister padeceriam de ilegalidade. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha rechaçam de plano restrições interpretativas ao destacarem que “insuficiente é o preparo feito a menor, qualquer que seja o valor”.⁹⁰⁶,

Outra situação a ser suscitada ocorre quando o recorrente deixa de efetuar o recolhimento do preparo por justo impedimento, a exemplo do recurso interposto em meio eletrônico, após o encerramento do expediente bancário. Na vigência do CPC/1973, sedimentou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, nesses casos, a parte recorrente poderia realizar o pagamento do preparo no dia subsequente à interposição do recurso, sem prejuízo de sua

⁹⁰³ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*, p. 118.

⁹⁰⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 260.

⁹⁰⁵ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 215. Defende o autor que “a complementação do valor do preparo, somente pode ser entendida e aplicada em conjunto com a responsabilidade dada ao recorrente de apurar o valor a ser recolhido. Não conferindo, o sistema, a informação precisa a respeito do *quantum*, o recorrente não poderá ser penalizado, razão pela qual poderá complementar o restante. Do contrário, sabendo-se de antemão o valor exato, não poderá o recorrente beneficiar-se do seu próprio erro” (*Idem*).

⁹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, p. 127.

admissão – o que deu origem ao enunciado de Súmula n. 484⁹⁰⁷. Em sentido contrário orientou-se o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a disparidade entre o expediente bancário e o expediente forense não constituía justificativa à não realização do preparo.⁹⁰⁸

Com o advento do CPC/2015, interessante questão é colocada por Sandro Marcelo Kozikoski, à luz do disposto no artigo 1.007, § 4º: a ausência de recolhimento continuará sendo escusável, facultando-se à parte a sua realização no dia subsequente (tal qual preconiza a Súmula n. 484 do STJ); ou a sanção do vício só seria possível mediante recolhimento do preparo em dobro? Na interpretação do autor – com a qual se concorda –, aplica-se ao caso a Súmula n. 484, de forma a viabilizar o pagamento no dia subsequente sem ser compelido ao pagamento em dobro. O mesmo vale para a hipótese em que o recurso for interposto após o horário de compensação bancária. Contudo, implicaria recolhimento em dobro o caso em que o pagamento, embora agendado, não for efetuado por falta de provisão de fundos.⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ Diz a Súmula n. 484 do STJ: “admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 484*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27484%27>>. Acesso em: 4 fev. 2017).

⁹⁰⁸ Eis o que se infere do acórdão assim ementado: “Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Recurso extraordinário. Preparo. Realização fora do prazo recursal. Deserção. Expediente bancário habitual. Encerramento antes do expediente forense. Irrelevância. Precedentes. 1. É deserto o recurso extraordinário cujo preparo tenha sido realizado no dia seguinte ao término do prazo recursal. 2. A Corte firmou o entendimento de que a não coincidência entre o expediente forense e o expediente bancário não é justificativa para tornar legítimo o pagamento do preparo efetuado após o prazo para a interposição do apelo extremo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no ARE n. 783.473. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. Brasília, DF, julgamento em 25 junho 2014. Publicação 21.08.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6555633>>. Acesso em: 4 fev. 2017)..

⁹⁰⁹ Diz o autor que neste caso, “frustrada por qualquer outro motivo essa possibilidade de quitação, parece acertado concluir que o recorrente estará sujeito ao recolhimento em ‘dobro’, na forma do § 4º do art. 1.007

O equívoco no preenchimento da guia de preparo foi outra questão superada com o advento do CPC/2015. Na vigência do CPC/1973 qualquer mínimo detalhe era suficiente para justificar a inadmissão do recurso – ainda que as dificuldades no preenchimento da guia fossem oriundas do próprio Judiciário. À luz do CPC/2015, por previsão expressa, eventual equívoco no preenchimento não implicará a imediata inadmissão do recurso⁹¹⁰, devendo o relator intimar a parte recorrente para sanar o vício em 5 (cinco) dias⁹¹¹. Esse é mais um vício considerado sanável pelo diploma processual em vigor.

O recolhimento do preparo é dispensado nos recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, respectivas autarquias e outros sujeitos que possuem isenção legal⁹¹². Aos demais, o

do CPC. Eventual compreensão pela simples aplicabilidade direta da Súmula 484 STJ parece encontrar óbice no dever de boa-fé processual, gerando certas prorrogações de prazo com intimações dirigidas aos patronos judiciais para fins de pagamento em dobro. Em contrapartida, eventual alegação de encerramento bancário não obsta o processamento do recurso, sujeitando o recorrente somente ao pagamento em duplicidade. Essa solução parece mais adequada com os deveres de cooperação e boa-fé impostos às partes” (*Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 139-140).

⁹¹⁰ Com razão Flávio Cheim Jorge ao consignar que “o rigor com que essa exigência era abordada fez com que o legislador de 2015 incluísse uma previsão específica quanto a isso, deixando claro que tal fato, por si só, não deve levar à inadmissão do recurso – desde que seja possível se ter certeza do pagamento do preparo” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 217).

⁹¹¹ Eis o que dispõe o artigo 1.007, § 7º, do CPC/2015: “o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹¹² Eis o que prevê o artigo 1.007, § 1º, do CPC/2015: “§ 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de

preparo constitui requisito de admissibilidade recursal e só será dispensado caso a parte seja beneficiária da assistência judiciária gratuita ou caso o requerimento do benefício seja formulado nos próprios embargos de divergência, tendo em vista que pode ser pleiteado a qualquer momento no curso do processo. Nesse último caso, se o benefício for indeferido pelo relator, fixará prazo para que o recorrente efetue o recolhimento do preparo a fim de que o recurso seja admitido⁹¹³.

Todavia, nos casos em que os embargos de divergência versarem tão somente sobre honorários advocatícios, o benefício da assistência judiciária gratuita concedido à parte não se estende ao advogado, que deve providenciar o recolhimento do respectivo preparo⁹¹⁴ ou formular pedido próprio demonstrando sua hipossuficiência (a ponto de ensejar a concessão do benefício em seu favor).

3.1.2.3 Regularidade formal

A regularidade formal, como o próprio nome sugere, pressupõe a higidez do recurso quanto à forma. Assim, deve ser interposto contra decisão viciada⁹¹⁵, mediante petição que

março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁹¹³ Tal é a previsão do artigo 99, § 7º, do CPC/2015: “requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹¹⁴ Deve-se efetuar o recolhimento do preparo quando a insurgência versar sobre honorários, ainda que o recurso seja interposto em nome da parte – que detém legitimação extraordinária, podendo pleitear em nome próprio direito alheio (porquanto o direito à verba honorária pertença ao advogado).

⁹¹⁵ Como diz Flávio Cheim Jorge, na perspectiva da regularidade formal, “o recurso deve ser sempre estruturado na existência de uma decisão judicial portadora de um vício, que precisa, pelas razões nele delineadas, ser anulada ou reformada. Um recurso que assim não se apresenta, não

apresente as razões e o pedido de reforma da decisão, firmada por procurador devidamente constituído nos autos.

Inicialmente, exige-se que a peça recursal decline a motivação⁹¹⁶ que inspira a insurgência, isto é, os fundamentos capazes de ensejar a reforma da decisão no ponto atacado⁹¹⁷. No caso dos embargos de divergência, além de demonstrar a dissidência jurisprudencial verificada no âmbito do tribunal superior (STJ ou STF), deve o recorrente expor as razões pelas quais a interpretação consubstanciada no acórdão paradigma deve prevalecer sobre aquela consagrada no acórdão recorrido.

Pressupõe-se, assim, que a matéria ventilada nos embargos de divergência tenha sido efetivamente decidida (prequestionada)

preenche o requisito da regularidade formal” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 175).

⁹¹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 105. Diz o autor que “o que se impõe é que o recorrente diga porque e até onde recorre da sentença, que fundamenta a petição, pois isto importa concretizar o pedido de novo julgamento expresso, em abstrato, na simples declaração de que quer recorrer” (*Idem*).

⁹¹⁷ É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão recorrida importa a inadmissão do recurso. Cita-se, a título de exemplo: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. 1. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” (Súmula 182/STJ). 2. Agravo interno não conhecido”. Importante destacar excerto do inteiro teor em que o ministro consigna o seguinte: “Desse modo, verifica-se que o inconformismo sequer ultrapassa a barreira do conhecimento, pois a parte agravante não rebateu, de modo específico, os fundamentos adotados pela decisão ora recorrida, limitando-se a reeditar os mesmos argumentos apresentados quando da interposição dos embargos de divergência. Incide, desse modo, por analogia, a Súmula 182/STJ (*‘É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão recorrida’*)” (BRASIL. AgInt nos EDiv em AREsp n. 810.899/RS. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201502805309&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016).

no acórdão recorrido⁹¹⁸, seja no voto vencedor, seja no voto vencido⁹¹⁹. Contudo, quando o tribunal se furtar à apreciação da questão e insistir na omissão a despeito da oposição de embargos de declaração, considerar-se-á a matéria prequestionada e restará cumprido o requisito de admissibilidade recursal, como prevê o artigo 1.025⁹²⁰ do CPC/2015.

Cabe destacar que a exigência de fundamentação e de adstrição às questões suscitadas na decisão recorrida é corolário do princípio da dialeticidade recursal.⁹²¹ Ademais, ao expor as

⁹¹⁸ A propósito, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça que, “segundo consolidada jurisprudência desta Corte Superior, para o conhecimento dos embargos de divergência, exige-se o devido prequestionamento da tese de direito suscitada. [...]. No caso discutido nos autos, constata-se que a tese suscitada nos embargos de divergência [...] não foi debatida no acórdão embargado, não sendo possível a configuração do alegado dissenso pretoriano. Julgados da Corte Especial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.121.095/PR. Relator Ministro Jorge Mussi. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 novembro 2016. Publicação 02.12.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400399730&dt_publicacao=02/12/2016>. Acesso em: 28 dez. 2016).

⁹¹⁹ Eis uma das notáveis alterações promovidas pelo CPC/2015, no artigo 941, § 3º, que assim prevê: “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹²⁰ Prevê o artigo que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹²¹ Como aduz Flávio Cheim Jorge, “pelo princípio da dialeticidade se deve entender que todo recurso deve ser discursivo, argumentativo, dialético. A mera insurgência contra a decisão não é suficiente. Não basta apenas manifestar a vontade de recorrer. Deverá também o recorrente demonstrar o porquê de estar recorrendo, alinhando as razões de fato e de direito pelas quais entende que a decisão está errada, bem

razões recursais, o recorrente delimita o espectro do efeito devolutivo do recurso – como se verá com mais vagar na seção 3.5.3.

A ausência de fundamentação do recurso ou mesmo a dissociação entre a fundamentação e o caso concreto conduz à sua inadmissão⁹²². Trata-se de recurso inespecífico, que não impugna as razões da decisão vergastada e que fere o princípio da dialeticidade.

Dúvidas não há, portanto, de que a falta de fundamentação ou a sua incongruência quanto à decisão recorrida constituem um vício, que macula o recurso a ponto de torná-lo inadmissível. Controversa, todavia, é a possibilidade de saná-lo, com fulcro na previsão insculpida no artigo 932, parágrafo único, do CPC/2015.

Flávio Cheim Jorge destaca que “o CPC/2015 também prevê a possibilidade de sanabilidade dos vícios atinentes aos requisitos de admissibilidade e inclusive, por óbvio, os oriundos da fundamentação dos recursos”.⁹²³ Contudo, o autor distingue a ausência e a deficiência de fundamentação, considerando inviável sanar o vício na primeira hipótese, mas viável na segunda (a fim de oportunizar, por exemplo, que o recorrente “explicitamente as razões de reforma”⁹²⁴ da decisão).

Ressalva-se, de início, que a delimitação dos vícios sanáveis não é assim tão óbvia, da forma como foi trazida pelo CPC/2015. Na realidade, à exceção das previsões específicas relativas ao preparo, por exemplo, aplica-se a regra geral insculpida no artigo 932, parágrafo único, que viabiliza a possibilidade de “sanar o vício” ou “complementar a

como o pedido de nova decisão” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 256).

⁹²² Prevê o artigo 932, inciso III, do CPC/2015: “incumbe ao relator: [...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹²³ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 209. Diz o autor que “o CPC/2015 também prevê a possibilidade de sanabilidade dos vícios atinentes aos requisitos de admissibilidade e inclusive, por óbvio, os oriundos da fundamentação dos recursos” (*Idem*).

⁹²⁴ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 242.

documentação exigível” sem explicitar quais podem ser sanados ou não.

Especificamente quanto aos recursos excepcionais, o Código autoriza que sejam desconsiderados ou corrigidos os vícios formais reputados “não graves”⁹²⁵ (expressão imprecisa, que ensejará muitos debates doutrinários e jurisprudenciais até que seus contornos sejam definidos). Embora o artigo 1.029, § 3º figure na seção que versa sobre recurso extraordinário e recurso especial, entende-se não haver óbices à sua aplicação também aos embargos de divergência, por interpretação extensiva.⁹²⁶

A partir dessas premissas, sendo a fundamentação requisito essencial de um recurso, entende-se descabido oportunizar ao recorrente sanar o vício. Diferentemente de outros requisitos de cunho formal (por exemplo, regularidade de representação processual, comprovação do preparo, juntada de peças indispensáveis à compreensão da controvérsia) a fundamentação concerne à própria essência do recurso. A parte, antes de interpor o recurso, precisa identificar os pontos nos quais sucumbiu e, a partir daí, analisar o acerto ou desacerto, a validade ou nulidade da decisão, a fim de invocar tais vícios em sua insurgência recursal.

Assim, com a interposição do recurso, opera-se uma espécie de preclusão consumativa, não sendo possível conceder prazo para sanar vícios atinentes à sua fundamentação. Discorda-se, nesse sentido, da opinião do autor, ante o argumento de que a ausência ou a deficiência de fundamentação recursal é vício insanável, que não comporta aplicação do artigo 932, parágrafo único, nem do artigo 1.029, § 3º, para fins de eliminação – a exemplo de outros vícios de cunho formal.

⁹²⁵ Pedro Miranda de Oliveira, ao versar sobre o que pode ser considerado como vício formal não grave afirma, em uma primeira reflexão, “que a regra é adstrita aos requisitos extrínsecos de admissibilidade, quais sejam, tempestividade, preparo e, sobretudo, regularidade formal” (Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1545).

⁹²⁶ Assim também entende Pedro Miranda de Oliveira, que identifica no artigo 1.029, § 3º, a positivação do princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no âmbito dos recursos excepcionais (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 90).

A propósito, comenta Alexandre Reis Siqueira Freire que “o Superior Tribunal de Justiça não admite complementação das razões recursais com a apresentação de novas decisões paradigmas após a interposição dos embargos de divergência, em razão do princípio da complementação”⁹²⁷. No mesmo sentido, Leonardo Greco defende que embora seja possível invocar mais de um acórdão paradigma, todos devem ser indicados e devidamente cotejados com o acórdão embargado na peça recursal, “não servindo outros acórdãos indicados posteriormente”^{928_929}.

Por sua vez, Sandro Marcelo Kozikoski, ao versar sobre o assunto, expressa opinião consonante com a que se defende neste trabalho. Salienta o autor que:

[...] a ausência (ou ainda a deficiência na fundamentação recursal) não estão albergadas pelas técnicas de aproveitamento do recurso [...]. Ainda que o julgador firme a convicção de que o recurso possui fundamentação deficiente, eventual iniciativa de sua parte para fins de correção desse vício poderia resultar numa pré-compreensão do caso (ou mesmo pré-julgamento da pretensão recursal), de modo que a deficiência de fundamentação,

⁹²⁷ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2615.

⁹²⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3. p. 295.

⁹²⁹ Diverso é o posicionamento de Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz. Aduzem os autores que “não se tolera, após a apresentação do recurso, a inovação consistente no aproveitamento de outras decisões, para fins de admissibilidade, pela incidência do princípio da consumação. Nada impede, entretanto, que o embargante some outros argumentos aos que foram trabalhados no precedente, desde que conectados com o tema que será alvo de análise. Quando o recorrente assim procede, coletando doutrina e jurisprudência aplicáveis ao caso, não deixa de facilitar o trabalho do magistrado” (*Manual dos recursos cíveis*, p. 275).

ainda que sanável, não se resolve pela via da técnica de salvamento (primazia de mérito) antes mencionada. A oportunidade de complementação ocasionaria abertura de prazo em prol do recorrido com riscos de celeumas processuais.⁹³⁰

Em arremate, a sanabilidade dos vícios não abrange a fundamentação porquanto concerne à essência do próprio ato processual (interposição do recurso), não se podendo conceder à parte uma “segunda chance” para expor suas razões recursais sob pena de se infirmar a preclusão consumativa e sob pena de privilegiar o recorrente em detrimento do recorrido. Todavia, a se firmar na jurisprudência o entendimento de que a deficiência de fundamentação é vício sanável, deve-se, no mínimo, conceder prazo para o recorrido complementar suas contrarrazões, em atenção ao princípio do contraditório substancial.

Outro aspecto que denota a regularidade formal do recurso é a capacidade postulatória, isto é, a representação da parte por procurador devidamente habilitado nos autos. Como é cediço, só os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil possuem a prerrogativa de representar os interesses das partes em juízo. Trata-se de exigência de cunho formal, passível de ser sanada⁹³¹ mediante a juntada posterior da respectiva procuração ou substabelecimento, conferindo poderes ao mandatário⁹³². Assim, a interposição de recurso por advogado sem procuração nos autos não enseja, de pronto, sua inadmissã

⁹³⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 70.

⁹³¹ No mesmo sentido, entende Flávio Cheim Jorge que “a ausência de regularidade de representação, além de ser formal, claramente não é um vício grave que possa comprometer o julgamento do recurso” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 201).

⁹³² O artigo 76, do CPC/2015 prevê, expressamente, que “verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício”. Caso a parte não cumpra a determinação no prazo concedido, o recurso não será conhecido, conforme dicção do § 2º do mesmo artigo (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

por se tratar, justamente, de vício sanável⁹³³ – do que se conclui estar superado o enunciado de Súmula n. 115, do Superior Tribunal de Justiça⁹³⁴. Ressalte-se que a procuração outorgada pela parte é válida para todas as fases do processo, ainda que não faça menção específica a todos os recursos e incidentes a ele relacionados.

Essencial, também, é que o recurso esteja subscrito, sob pena de ser considerado não interposto. Na realidade, em tempos de processo eletrônico, essa preocupação aos poucos se esvai, porquanto a assinatura seja atrelada ao protocolo do recurso (que exige, nos tribunais superiores, o certificado digital do advogado). Ainda assim, é importante consignar que a subscrição do procurador (advogado) constitui um dos elementos em que se decompõe a regularidade formal e, na hipótese de o relator se deparar com recurso não assinado, deve intimar a parte para sanar o vício.

Expostos os pressupostos de admissibilidade dos embargos de divergência, impende discorrer, com mais vagar, sobre as hipóteses de cabimento do recurso, à luz do CPC/2015. Eis o que se objetiva na seção seguinte.

3.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO

De acordo com o artigo 1.043 do CPC/2015, é embargável o acórdão de órgão fracionário que: (i) “em recurso

⁹³³ Ao versar sobre os vícios formais não graves, passíveis de serem desconsiderados no âmbito dos recursos excepcionais, Pedro Miranda de Oliveira aduz que, em “primeira análise, pode-se dizer que o dispositivo [artigo 1.029, § 3º, CPC/2015 afasta o excesso de rigorismo formal no que tange a: (a) preliminar da repercussão geral no recurso extraordinário, (b) ausência de procuração e (c) não juntada do acórdão paradigma em recurso especial interposto com fundamento na divergência jurisprudencial” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 91).

⁹³⁴ Nessa linha, o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o Enunciado n. 83, nos seguintes termos: “fica superado o enunciado 115 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 83*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito” (inciso I); e (ii) “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” (inciso III).

Não obstante as hipóteses de cabimento façam menção aos atributos do acórdão recorrido e daquele invocado como paradigma⁹³⁵, optou-se, no presente trabalho, por tratá-los em conjunto, conforme as hipóteses de cabimento previstas no Código. Então, passa-se a discorrer sobre as peculiaridades de cada hipótese que enseja a interposição dos embargos de divergência, à luz do direito processual civil brasileiro.

3.2.1 Acórdão recorrido que, em recurso extraordinário ou recurso especial, divergir de julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo ambos os acórdãos (recorrido e paradigma) de mérito

A primeira hipótese de cabimento do recurso exsurge nos casos em que o acórdão recorrido, proferido por órgão fracionário do tribunal em recurso especial ou recurso extraordinário, apresentar, quanto ao mérito, interpretação diversa daquela utilizada no julgamento de qualquer outro órgão da mesma corte.

De início, da letra da lei, deduz-se que o acórdão embargado deve ser oriundo de órgão fracionário do tribunal superior – isto é, de uma turma, em se tratando de Supremo Tribunal Federal, e de uma turma ou seção, em se tratando de Superior Tribunal de Justiça. A redação amplia aquilo que, sob a égide do CPC/1973, restringia-se às turmas dos respectivos tribunais⁹³⁶. Sustentava-se, inclusive, para reforçar o não

⁹³⁵ Francisco Cavalcante Pontes de Miranda refere-se ao acórdão recorrido como “acórdão divergido” e ao acórdão paradigma como “acórdão divergente” (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. VIII. p. 193).

⁹³⁶ Sob a égide do CPC/1973, o artigo 546, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 8.950/1994, previa serem embargáveis as decisões de “turma”, proferidas em recurso especial ou em recurso extraordinário. *In verbis*: “é embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial,

cabimento do recurso contra acórdãos das seções, que não haveria possibilidade de divergirem sobre os mesmos pontos, em razão de sua especialidade e competência delimitada.⁹³⁷ No entanto, se a

divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário”. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda sustentava que “a decisão embargável será, tanto no recurso especial, quanto no recurso extraordinário, a proferida na turma, não se admitindo os embargos de divergência dos pronunciamentos de outros órgãos do tribunal” (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 539 a 565, p. 194). No mesmo sentido: SHIMURA, Sergio Seiji. Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 417; PABST, Haroldo. Embargos de divergência. *Digesto de processo*. Coordenação técnica e de pesquisa da Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 406. Estes autores se manifestaram pelo não cabimento do recurso. Em sentido contrário se pronunciava José Saraiva, defendendo que nos casos em que o relator houver por bem levar o recurso a julgamento pela seção e o acórdão divergir de outro proferido pela Corte Especial ou outra seção, os embargos de divergência seriam cabíveis. Explica que “tal entendimento está baseado na circunstância de que, primeiramente, as partes não podem ter os respectivos direitos de recorrer restringidos somente porque o relator ou a Turma resolveu levar o recurso especial à apreciação da Seção, quando a competência originária seria turmária; segundo, porque inexistiria razão lógica para tal restrição, na medida em que a finalidade desse instrumento recursal é pacificar a jurisprudência interna e, havendo dissídio entre decisões de Seções diferentes, ter-se-ia configurada situação de maior gravidade do que aquela ocorrida se o julgamento se desse no órgão inferior – Turma” (*Recurso especial e o STJ*, p. 390).

⁹³⁷ Eis a opinião de Yuri Guerzet Teixeira, à luz do CPC/1973: “também é válido notar que os embargos de divergência não são oponíveis contra decisões das seções do STJ, pois estas são dotadas de especialidade, cada uma das três tem sua competência bem delimitada, não havendo, em relação ao mérito, possibilidade de divergirem sobre os mesmos pontos. De outro giro, em regra não compete à seção promover juízo de admissibilidade (arts. 12 e 14 do RISTJ), no entanto, excepcionalmente, pode realizá-lo. Assim, entendemos que, na remota hipótese de a seção promover juízo de admissibilidade, divergindo do juízo de admissibilidade, sobre o exato mesmo ponto, proferido por outra Seção, neste raríssimo caso, seria cabível o recurso em tela, o qual seria julgado pelo órgão especial” (Os embargos de divergência à luz da razoável

divergência concernir à questão processual, vê-se plenamente possível confrontar acórdão proferido por uma seção com outro proferido por uma turma, ainda que não coincidam suas especialidades, na divisão interna do Superior Tribunal de Justiça.

O fato é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encarregou de reconhecer que a expressão “turma” deveria ser compreendida como “órgão colegiado”, admitindo a interposição dos embargos de divergência também contra acórdãos oriundos das seções⁹³⁸. Afinal, se o propósito dos embargos de divergência é eliminar posicionamentos dissonantes verificados dentro das cortes de vértice, não importa se o acórdão recorrido foi proferido pela turma ou pela seção⁹³⁹ (ambas, órgãos

duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 327).

⁹³⁸ A título de exemplo, cita-se a ementa do acórdão proferido no AgRg nos EAREsp n. 586.964/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 17/02/2016 (portanto, antes da vigência do CPC/2015): “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. AUSÊNCIA DE ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA OU SEÇÃO DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CABÍVEIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Embargos de divergência somente são cabíveis contra acórdão de Turma ou de Seção do Superior Tribunal de Justiça, não contra decisão monocrática de relator impugnável por agravo interno. 2. Agravo regimental não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAREsp n. 586.964/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 fevereiro 2016. Publicação 26.02.2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402446089&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 17 dez. 2016).

⁹³⁹ O artigo 12, inciso X, do RISTJ prevê que “compete às Seções processar e julgar: [...] X - o recurso especial repetitivo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016). Ainda, o artigo 14, incisos II e III, do RISTJ permitem às turmas submeter alguns casos a julgamento pela respectiva seção (i) quando convier, em razão da relevância da questão e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção (inciso II); e (ii) nos incidentes de assunção de competência (inciso III). Assim, formalmente, não há óbices à

fracionários do Superior Tribunal de Justiça); o que importa é a existência da divergência jurisprudencial *interna corporis*, a ser combatida mediante a interposição do recurso.

Outrossim, o acórdão deve provir do julgamento de recurso extraordinário ou recurso especial, de modo que acórdãos oriundos do julgamento de recursos ordinários ou de causas de competência originária dos respectivos tribunais não ensejam a interposição do recurso. Importa destacar que o CPC/2015 reproduziu essa restrição ao cabimento do recurso já verificada no CPC/1973.⁹⁴⁰

A despeito de a lei fazer menção expressa aos acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário ou recurso especial – a fim de delimitar o âmbito de cabimento dos embargos de divergência –, o recurso também é cabível se contra o acórdão proferido em recurso especial ou recurso extraordinário forem opostos embargos de declaração⁹⁴¹⁻⁹⁴². É que, por força do efeito

interposição de embargos de divergência contra acórdão proferido por uma das seções do Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁴⁰ Rafael de Oliveira Guimarães e Henrique Cavalheiro Ricci ressaltam que “o art. 6º, II, “b”, do Decreto-Lei 6/1937, bem como o parágrafo único do art. 833 do CPC/39, preceituavam que cabia o recurso de embargos de divergência quando houvesse divergência entre decisão de Turma com decisão de outra Turma ou mesmo do plano. Ou seja, quando do surgimento do recurso [...] tinha realmente o intuito de corrigir qualquer dissenso jurisprudencial acerca de uma tese jurídica, independentemente da modalidade de acórdão” (Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 84, ano 21, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 130.

⁹⁴¹ No mesmo sentido, GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 84, ano 21, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 135.

⁹⁴² Em sentido contrário, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim defendem não caber “embargos de divergência no julgamento de embargos de declaração, não obstante este integrar ou esclarecer o ato impugnado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1284). Assim também se orienta Sergio Seiji Shimura (Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e*

integrativo, os embargos de declaração integram a decisão embargada⁹⁴³ “não sendo possível sob a ótica do conteúdo, fazer-se distinção do que é resultado do julgamento original ou da integração via embargos de declaração”⁹⁴⁴. Por essa razão, em última análise, o acórdão recorrido será aquele integrado pela decisão proferida em embargos de declaração⁹⁴⁵.

Dessa forma, não há óbices à interposição de embargos de divergência contra acórdão proferido em sede de embargos de declaração, opostos contra a decisão que julgou o recurso especial ou o recurso extraordinário, desde que tenha sido proferida por órgão fracionário – porque, em último caso, a decisão vergastada nos embargos de divergência é o acórdão proferido em sede de recurso especial ou recurso extraordinário, integrada pela decisão que julgou os embargos de declaração.

Todavia, não cabem embargos de divergência contra acórdãos oriundos do Plenário do Supremo Tribunal Federal e/ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça⁹⁴⁶, os quais não

atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 417).

⁹⁴³ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*, p. 153.

⁹⁴⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 22.

⁹⁴⁵ Até porque, como consigna Eduardo Ribeiro de Oliveira, “a ser modo diverso [...] em estranha situação ficaria a parte. Não pode interpô-los em relação ao julgado primitivo, pois não subsiste naqueles termos. E também não lhe seria dado fazê-lo, segundo esse entendimento, quanto ao novo acórdão. Consideramos que a solução correta é ter os embargos de divergência como cabíveis, pois a decisão dos declaratórios incorpora-se à que foi declarada” (Embargos de divergência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 139).

⁹⁴⁶ Não se faz menção ao Plenário do Superior Tribunal de Justiça porquanto seja órgão de competência estritamente administrativa, conforme previsto no artigo 10 do seu Regimento Interno: “competem ao Plenário: I - dar posse aos membros do Tribunal; II - eleger o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, os Ministros membros do Conselho da Justiça Federal, titulares e suplentes, e o Diretor da Revista do Tribunal, dando-lhes posse; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 4, de

são órgãos fracionários.⁹⁴⁷ Ademais, nem haveria que se falar em divergência, nesses casos, porque as decisões do Plenário do STF e da Corte Especial do STJ devem preponderar sobre as dos demais órgãos colegiados das respectivas cortes – na medida em que constituam órgãos máximos dos respectivos tribunais superiores, incumbidos da nobre função de zelar pela interpretação do direito.

De igual forma, não cabem embargos de divergência contra decisões monocráticas, que não refletem o posicionamento do órgão fracionário acerca da questão de direito (como será mais bem desenvolvido na seção 3.3.7). Assim, deve-se, primeiro, provocar o pronunciamento do órgão colegiado acerca da matéria, mediante a interposição de agravo interno, para só então cogitar a interposição dos embargos de divergência.

1993) III - eleger, dentre os Ministros do Tribunal, os que devam compor o Tribunal Superior Eleitoral, na condição de membros efetivos e substitutos; IV - decidir sobre a disponibilidade e aposentadoria de membro do Tribunal, por interesse público; V - votar o Regimento Interno e as suas emendas; VI - elaborar as listas tríplices dos Juízes, Desembargadores, Advogados e membros do Ministério Público que devam compor o Tribunal (Constituição, art. 104 e seu parágrafo único); VII - propor ao Poder Legislativo a alteração do número de membros do Tribunal e dos Tribunais Regionais Federais, a criação e a extinção de cargos, e a fixação de vencimentos de seus membros, dos Juízes dos Tribunais Regionais e dos Juízes Federais, bem assim a criação ou extinção de Tribunal Regional Federal e a alteração da organização e divisão judiciárias; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 4, de 1993) VIII - aprovar o Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Regimental n. 4, de 1993) IX – eleger, dentre os Ministros do Tribunal, o que deve compor o Conselho Nacional de Justiça, observada a ordem de antiguidade; (Incluído pela Emenda Regimental n. 15, de 2014) X – indicar, na forma do inciso XXXII e do parágrafo único do art. 21, um juiz federal e um juiz de Tribunal Regional Federal para as vagas do Conselho Nacional de Justiça e um juiz para a vaga do Conselho Nacional do Ministério Público” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/214/2937>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

⁹⁴⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 336.

Discutidas algumas questões relativas ao acórdão recorrido, a situação é diferente quando observada na perspectiva do acórdão paradigma (isto é, aquele utilizado como parâmetro de comparação, para fins de demonstração da divergência). O Código admite que a divergência se dê com relação a julgamento “de qualquer outro órgão do mesmo tribunal”, incluindo o Plenário do STF e a Corte Especial do STJ⁹⁴⁸. Assim, plenamente cabíveis os embargos de divergência contra acórdão de turma do STF que divergir do entendimento exarado pelo Plenário⁹⁴⁹. O mesmo não ocorre, porém, com as súmulas, que não podem ser invocadas como paradigma.^{950_951}

⁹⁴⁸ A propósito, antes mesmo do advento do CPC/2015 a doutrina já se inclinava à admissão de qualquer decisão colegiada como paradigma, a exemplo do que consigna Daniel Willian Granado (São admissíveis embargos de divergência quando o acórdão paradigma não provém de recurso especial? Análise da orientação do STJ. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 270-298, ago. 2010, p. 275).

⁹⁴⁹ Resta superado, portanto, o entendimento outrora sufragado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que reputava “incabíveis os embargos de divergência, quando baseados em paradigma de classe processual distinta” (BRASIL. AgR nos ED nos EDv no AgR no RE n. 378666. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 7 outubro 2015. Publicação 27.10.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9661022>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

⁹⁵⁰ Eis o entendimento sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SERVIDOR. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL. ALEGADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COM SÚMULA DESTA CORTE. NÃO-CABIMENTO. Da leitura dos artigos 546, inciso I, do CPC, e 266 do RISTJ, conclui-se que os embargos de divergência não são cabíveis quando há alegação de divergência entre súmula e acórdão de uma das Turmas desta Corte. Como bem asseverou a egrégia Primeira Seção ao apreciar o tema em recente assentada, “a alegação de que, em face do art. 124 do RISTJ, basta citar o verbete indicado como divergente não procede, uma vez que o dispositivo em questão refere-se ‘a outros julgados no mesmo sentido’, e não àqueles que deram origem à súmula” (EResp 284.079/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 9.5.2005). Mutatis mutandis, aplica-se aos embargos de divergência o entendimento pacificado neste Sodalício segundo o qual “o dissídio jurisprudencial com Súmula não autoriza a interposição do

Também os acórdãos proferidos em ações de competência originária podem ser utilizados como paradigma, nos termos do artigo 1.043, § 1º⁹⁵², do CPC/2015. A propósito, na vigência do CPC/1973 já havia entendimentos nesse sentido⁹⁵³, embora não se tratasse de questão pacífica. Em boa hora, o CPC/2015 sedimentou a possibilidade de utilizar qualquer acórdão como paradigma, deixando ainda mais nítido que o que importa, em essência, é o confronto entre as teses jurídicas dissonantes, utilizadas pelo mesmo tribunal em casos que apresentam similitude fática.

recurso especial fundado na letra 'c' do permissivo constitucional, impondo-se a demonstração do dissenso com os julgados que originaram o verbete indicado como divergente" (REsp 338.474/PE, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 6.5.2004). [...]” (BRASIL. AgRg nos EREsp n. 180.792/PE. Relator Ministro Franciulli Netto. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 3 agosto 2005. Publicação 27.03.2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900969170&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 3 jan. 2017).

⁹⁵¹ Em sentido contrário Osmar Mendes Paixão Côrtes, sob o argumento de que por terem, os embargos, função uniformizadora, “deveriam se prestar para fazer valer a jurisprudência sumulada” (*Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 217).

⁹⁵² Destaca-se o teor do referido parágrafo: “poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamento de recursos e de ações de competência originária” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹⁵³ Conforme se extrai dos comentários de Manoel Caetano Ferreira Filho, “não é necessário que tenha sido proferido também em recurso extraordinário ou especial: basta que tenha divergido do acórdão embargado, que deve, este sim, ter sido proferido no julgamento de um daqueles recursos” (*Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 7. p. 361). Da mesma forma, Eduardo Henrique Balbino Pasqua e Lílian Regina Ioti Henrique Gaspar defendiam esse posicionamento, à luz da importância dos embargos de divergência no sistema recursal brasileiro (O acórdão paradigma e a sua proveniência enquanto requisito de admissibilidade dos embargos de divergência: crítica atual ao posicionamento do STJ. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 213, p. 363-372, nov. 2012. p. 370).

Importa salientar, por fim, que a interposição de embargos de divergência com fulcro no artigo 1.043, inciso I, do CPC/2015 só é possível nos casos em que tanto o acórdão recorrido quanto o acórdão paradigma forem *de mérito*. Isso significa que devem, necessariamente, ter ultrapassado o juízo de admissibilidade e enfrentado a questão jurídica sobre a qual repousa a divergência, a fim de ensejar a interposição do recurso.

3.2.2 Acórdão recorrido que, em recurso extraordinário ou 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

A segunda hipótese de cabimento dos embargos de divergência prevista no artigo 1.043, inciso III, do CPC/2015 concerne aos casos em que o acórdão de órgão fracionário, oriundo de recurso especial ou recurso extraordinário, 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”. Eis o ponto que merece destaque e que diferencia a primeira hipótese de cabimento, já tratada.

O CPC/2015 pôs fim ao entendimento outrora sustentado na doutrina⁹⁵⁴ e na jurisprudência pátrias quanto à inadmissão dos embargos de divergência nas hipóteses em que os acórdãos em confronto não apresentassem idêntico grau de cognição.⁹⁵⁵ É que,

⁹⁵⁴ Sergio Seiji Shimura, por exemplo, sustentava ser necessário que o acórdão recorrido e aquele invocado como paradigma demonstrassem o mesmo grau de cognição (Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 419).

⁹⁵⁵ Afirma Teresa Arruda Alvim Wambier, referindo-se ao artigo 1.043, inciso III, do CPC/2015, que o dispositivo “tem o claro propósito de pôr fim à jurisprudência que teimosamente não admite embargos de divergência se *ambos* os acórdãos não forem ou de mérito ou de admissibilidade. Esta exigência é absolutamente injustificável, pois o que importa é que as decisões expressem desarmonia no pensamento do Tribunal como um todo” (Dos embargos de divergência. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.);

sob a égide do antigo CPC/1973, não se admitia, para fins de interposição do recurso, que a divergência fosse demonstrada mediante o cotejo entre acórdão que houvesse julgado o mérito do recurso e outro que não tivesse ultrapassado o juízo de admissibilidade⁹⁵⁶, não obstante apreciado o mérito recursal⁹⁵⁷.

Tal entendimento era sobremaneira pernicioso considerando que na prática forense, não raro, verifica-se verdadeira confusão entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, cuja distinção, nos recursos excepcionais, se afigura tênue.⁹⁵⁸⁻⁹⁵⁹ Reiteradas são as vezes em que se faz referência à

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016).

⁹⁵⁶ Entretanto, já em 1996 advertia Egas Dirceu Moniz de Aragão que “a decisão proferida pelo Supremo e pelo Superior Tribunal, mesmo não conhecendo do recurso, pode, no entanto, integrar-se ao acórdão recorrido e com ele compor um só e único todo, no qual deve buscar-se, em sua real configuração, o julgamento da causa” (Alcance e eficácia do julgamento que “não conhece do recurso” no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Interpretação do acórdão recorrido. Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genesis, v. 1, ano 1, p. 333-337, jan/abr. 1996. p. 336).

⁹⁵⁷ Tanto é que, ao comentar o artigo 546, do CPC/1973 (que trazia, em seu bojo, a previsão concernente aos embargos de divergência), Manoel Caetano Ferreira Filho ressalta o seguinte: “é indiferente que tanto o acórdão recorrido quanto o padrão, invocado pelo recorrente, tenham sido proferidos em juízo de admissibilidade ou no mérito do recurso extraordinário ou especial. [...]. Todavia, os dois – o recorrido e o paradigma – devem ter sido proferidos ou no juízo de admissibilidade ou no de mérito, não havendo divergência quando tiverem sido proferidos em juízos de natureza diversa” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 360).

⁹⁵⁸ ASSIS, Araken de. Pquestionamento e embargos de declaração. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 288, p. 5-27, out/2001. p. 7.

⁹⁵⁹ Entende-se, na linha da doutrina, que o exame de admissibilidade, nos recursos excepcionais, deve cingir-se à alegação de divergência *interna corporis* (especificamente quanto aos embargos de divergência). A aferição se de fato existe a alegada divergência adentraria o juízo de mérito do recurso, cuja apreciação pressupõe, necessariamente, a admissão do recurso (diz-se, com acerto, que o juízo de admissibilidade é prejudicial em relação ao juízo de mérito, de forma que ao se perscrutar quanto àquele, estar-se-ia derruindo quaisquer dúvidas acerca da superação da fase de admissibilidade). A esse respeito, impende citar passagem em que José Carlos Barbosa Moreira critica a confusão,

inadmissão do recurso, não obstante o fundamento invocado para tal se refira ao mérito recursal (derruindo quaisquer dúvidas de que o juízo de admissibilidade fora, em verdade, ultrapassado; de que o mérito do recurso fora, de fato, apreciado; e de que, nesse caso, seria acertado falar-se em desprovimento, não em inadmissão, do recurso). Portanto, um argumento de mérito (qual seja, a inexistência/inocorrência de violação, no caso de recurso especial ou recurso extraordinário) é utilizado para fulminar um recurso já na fase de admissibilidade.

Concorda-se com Nelson Nery Junior quando assenta que:

[...] em verdade, o que importa não é a nomenclatura que venha a ser usada na dicção do resultado do julgamento, até porque, como visto, são frequentes os erros no seu emprego. Diversamente, o importante, para fins dos efeitos jurídicos distintos que advêm do conhecimento ou não conhecimento do recurso, é o que *efetivamente* foi debatido e decidido no julgamento. Isto é que autoriza concluir, com acerto, se o recurso foi conhecido ou não, se foi provido ou não [Grifo do autor].⁹⁶⁰

Assim, a previsão inculpada no artigo 1.043, inciso III, do Código em vigor é de notável relevância na medida em que

comumente feita, entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito recursal: “é óbvio que só se passa ao juízo de mérito se o de admissibilidade resultou positivo; de uma postulação inadmissível não há como nem porque investigar o fundamento. Reciprocamente, é absurdo declarar inadmissível a postulação por falta de fundamento; se se chegou a verificar essa falta, é porque já se transpôs o juízo de admissibilidade e já se ingressou no mérito: a postulação, na verdade, *já foi admitida*, embora, com má técnica, se esteja dizendo o contrário. A questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, *preliminar* à questão de mérito: a apreciação desta fica excluída se àquela se responde em sentido negativo [Grifos do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 261-262).

⁹⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de divergência – REsp. In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4. (Coleção Soluções Práticas de Direito). p. 973.

constitui um remédio para a falta de técnica que por vezes se verifica nos acórdãos oriundos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal⁹⁶¹. Por um lado, não podem os jurisdicionados ser prejudicados por força dessas atecnicidades; por outro, se “o objetivo é *uniformizar*”⁹⁶², impende devolver a questão de direito ao conhecimento do tribunal a fim de elidir a divergência. Dessas observações só se pode concluir que a mudança perpetrada pelo CPC/2015 foi bastante oportuna.

A alteração, todavia, só resolve a questão quanto ao mérito (pressupõe apreciação da controvérsia a despeito da inadmissão do recurso), não quanto ao juízo de admissibilidade, que não enseja a interposição de embargos de divergência⁹⁶³. Assim, se o

⁹⁶¹ Ao se referir ao artigo 1.043, inciso III, diz Alexandre Reis Siqueira Freire “que o CPC de 2015 absorveu os influxos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que já admitiam a possibilidade de cabimento dos embargos de divergência quando, embora não admitido o recurso, o tribunal tivesse examinado a controvérsia” (Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2612).

⁹⁶² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1696.

⁹⁶³ Ao julgar embargos de divergência interpostos sob a égide do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o recurso (fundado na hipótese do artigo 1.043, inciso III), porém negou-lhe provimento porquanto a pretensão da parte recorrente fosse discutir o juízo de admissibilidade do recurso especial. Eis a ementa do acórdão: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. CONFRONTO ENTRE JULGADOS COM JUÍZOS DE ADMISSIBILIDADE DISTINTOS. ACÓRDÃO RECORRIDO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. SÚMULA 168 DO STJ. APLICAÇÃO. 1. Em obediência ao Código de Processo Civil de 2015, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 266, estabelece que cabem embargos de divergência para rever acórdão proferido em recurso especial, quando a tese jurídica por ele adotada, de direito material ou processual (§ 2º), for diversa da tomada em causa semelhante (§ 1º) por outro Órgão fracionário do Tribunal (caput) ou, ainda, pelo mesmo Órgão cuja composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (§ 3º) e desde que os acórdãos confrontados sejam de mérito (inciso I)

intuito do recorrente é discutir questão relativa à admissão do recurso (especial ou extraordinário), ainda que seja alvo de divergência no âmbito do próprio tribunal, não poderá interpor embargos de divergência, uma vez revogada a hipótese prevista no artigo 1.043, inciso II⁹⁶⁴, do CPC/2015 (a cuja apreciação se reserva a seção 3.3.1).

ou um seja de mérito e outro que, embora não tenha conhecido do recurso, tenha efetivamente apreciado a controvérsia (inciso II), competindo ao embargante demonstrar o dissenso alegado, por meio da comprovação da existência do aresto paradigma indicado e do devido cotejo analítico entre os julgados comparados, identificando as premissas fáticas e jurídicas que os identifiquem (§ 4º), sob pena de o recurso ser indeferido liminarmente pelo relator, nos termos do art. 266-C do RISTJ. 2. Hipótese em que os acórdãos confrontados não ostentam similitude fática e jurídica, pois, não obstante o acórdão embargado tenha efetivamente julgado o mérito recursal, o aresto paradigma restringiu-se ao juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, ante os óbices estampados nas Súmulas 126 do STJ e 280 do STF, sem emitir nenhum juízo quanto ao direito de fundo suscitado naqueles autos. 3. O inciso II do art. 1.043 do CPC/2015, que previa o cabimento dos embargos de divergência para discutir o juízo de admissibilidade do recurso especial, foi expressamente revogado pelo art. 3º da Lei n. 13.256/2016. 4. O acórdão embargado, ao assentar a tese de que "não há modificação na base de cálculo do ITBI ou do IPTU, pois ambos têm como base de cálculo o valor venal do imóvel, o que difere é a forma de apuração desse valor, possibilitando a diferença numérica", está em consonância com a jurisprudência firmada entre as Turmas de Direito Público sobre o tema, o que atrai a incidência do óbice de conhecimento estampado na Súmula 168 do STJ. 5. Agravo interno não provido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 839.173/SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 29.11.2016. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600010724&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 17 dez. 2016).

⁹⁶⁴ A hipótese insculpida no artigo 1.043, inciso II, do CPC/2015, previa ser embargável o acórdão de órgão fracionário que, proferido "em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade" (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

3.2.3 Acórdão recorrido proferido pelo mesmo órgão fracionário que julgou o acórdão paradigma, desde que tenha havido substancial alteração da composição

Além das duas hipóteses destacadas na seção anterior, o CPC/2015 prevê o cabimento de 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”.⁹⁶⁵ Na realidade, embora não constitua hipótese de cabimento autônoma (porquanto pressuponha a subsunção à previsão do artigo 1.043, inciso I ou III), a especificidade merece ser tratada com destaque em razão das controvérsias suscitadas na vigência do CPC/1973.

Antes do advento da nova codificação, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sustentavam posicionamentos diversos acerca da possibilidade de interpor embargos de divergência contra acórdão proferido pela mesma turma que julgou o acórdão paradigma, porém com substancial alteração na composição. Enquanto o STF aceitava a interposição do recurso nesse caso^{966,967}, o STJ adotava “inclinação

2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016). Contudo, tal inciso foi revogado pela Lei n. 13.256/2016 que entrou em vigor na mesma data que o novo Código. Daí se extrai, em interpretação literal, que os embargos de divergência não se prestam a discutir divergência relativa ao juízo de admissibilidade, mas, tão somente, ao juízo de mérito do recurso (seja ele de cunho material ou processual, na dicção do artigo 1.043, § 2º).

⁹⁶⁵ Conforme se extrai do artigo 1.043, § 3º, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁹⁶⁶ Sustentava o Supremo Tribunal Federal que, “se o acórdão-padrão, utilizado para demonstrar o dissídio jurisprudencial, for da própria Turma de que emanou a decisão impugnada, os embargos de divergência revelar-se-ão incabíveis (Súmula 353), exceto numa única e singular hipótese: se, não obstante tratando-se da mesma Turma, esta possuir, quando do novo pronunciamento jurisdicional, composição majoritária diversa daquela que produziu o paradigma invocado. Precedentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no RE n. 111.582. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 25 agosto 1994. Publicação 27.10.1994. Disponível em:

jurisprudencial oposta, não admitindo que mudança substancial na composição da turma seja apta a excepcionar o consagrado requisito da diversidade orgânica para admissão dos embargos de divergência”. O tribunal superior entendia, em resumo, que “se o órgão com competência para determinada matéria tem certo posicionamento fixado, em um delimitado contexto histórico, não há que se falar em divergência a ser sanada”.⁹⁶⁸

A grande questão, então, é diferenciar o posicionamento individual de cada ministro e o posicionamento do órgão colegiado do qual fazem parte. Nesse sentido, é bastante sólido o argumento reiterado pelo STJ para defender a impossibilidade de interposição do recurso mesmo quando tenha havido alteração substancial na composição do órgão colegiado – posicionamento

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39413>>. Acesso em: 3 jan. 2017).

⁹⁶⁷ Destacou Alexandre de Paula, em seus comentários ao CPC/1973, que “tem prevalecido no STF o entendimento de que, mesmo em se tratando de divergência verificada na mesma Turma, cabíveis serão os embargos se diferentes os julgadores que hajam constituído a maioria vencedora em cada um dos casos em confronto” (*Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2. p. 2296).

⁹⁶⁸ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 331.

este a que se filiam Flávio Cheim Jorge⁹⁶⁹, José Saraiva⁹⁷⁰, Rafael de Oliveira Guimarães e Henrique Cavalheiro Ricci⁹⁷¹.

No âmbito doutrinário, preponderava o entendimento de que a origem comum dos julgamentos discrepantes (da mesma turma) não constituía óbice ao cabimento do recurso, “desde que diferentes as suas composições num e noutro”⁹⁷², como advogava Rogério Lauria Tucci. Da mesma forma, Sergio Bermudes defendia que “é de admitir-se o recurso, quando a composição da Turma, no momento em que proferiu a decisão recorrida, não é a mesma que assentou o acórdão divergido”⁹⁷³.

⁹⁶⁹ CHEIM JORGE, Flávio. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 32. Pontua que “a mudança de posicionamento dentro de uma mesma turma, ainda que motivada pela alteração em sua composição, representa apenas a evolução do entendimento da jurisprudência sobre determinada questão. Deve o fenômeno ser visto com naturalidade e, mesmo de forma positiva, na medida em que evidencia reflexão e amadurecimento na análise do direito, além de seu poder de adaptar-se às novas exigências feitas pela sociedade” (*Idem*).

⁹⁷⁰ SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*, p. 404. Na dicção do autor, “deve prevalecer o princípio orgânico para o cabimento do recurso: o importante é o entendimento do Colegiado como órgão do tribunal, e não como o de determinada composição deste” (*Idem*).

⁹⁷¹ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 21, n. 84, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 19). Aduzem os autores que “a jurisprudência é mutante, faz parte do cotidiano a evolução quanto à interpretação de teses jurídicas”, de forma que a alteração de entendimentos, independentemente da composição da turma, “significa que o órgão colegiado delimitou aquela interpretação dali em diante”. Assim, defendem que reputar-se cabível o recurso por alteração na composição viabilizaria sua interposição com fulcro em um “critério totalmente subjetivo” (*Ibidem*, p. 19-20).

⁹⁷² TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 373.

⁹⁷³ BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 496 a 565. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 7. p. 352.

A discussão, todavia, foi eliminada com o advento do CPC/2015, que prevê expressamente a possibilidade de interpor embargos de divergência quando o acórdão embargado e o acórdão paradigma forem oriundos da mesma turma, desde que tenha sofrido alteração da maioria de seus membros.⁹⁷⁴ Isso porque, em havendo mudança de mais da metade de seus membros, “de rigor, não será o ‘mesmo’ órgão”.⁹⁷⁵ Por consectário, o enunciado de Súmula n. 353⁹⁷⁶ do STF resta superado.⁹⁷⁷

Nesse sentido, é importante ter em mente a composição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O STF é composto por onze ministros e possui, como órgãos colegiados, além do Plenário (do qual todos os ministros participam), duas turmas, cada qual com cinco ministros⁹⁷⁸. O STJ, por sua vez, é composto por trinta e três ministros e possui, como órgãos colegiados, além do Plenário (do qual todos os

⁹⁷⁴ Explicita Daniela Barbosa Schablatura Themudo Lessa que “por alteração substancial da Turma deve ser entendido que mais da metade de seus membros foram substituídos” (Devem ser admitidos embargos de divergência fundados em acórdãos paradigmas proferidos pela mesma turma? *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 157, p. 289-302, mar. 2008. p. 293).

⁹⁷⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et. al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1697.

⁹⁷⁶ Previa o enunciado da Súmula n. 353 do STF: “são incabíveis os embargos da L. 623, de 19.2.49, com fundamento em divergência entre decisões da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 353*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?s_umula=1474>. Acesso em: 18 dez. 2016).

⁹⁷⁷ É nesse sentido o Enunciado n. 232, aprovado pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “fica superado o enunciado 353 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 232*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

⁹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Turmas* [Composição]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma&pagina=principal>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

ministros participam), a Corte Especial (composta pelos quinze ministros mais antigos) e três seções especializadas (direito público, direito privado e direito penal), compostas, cada qual, por duas turmas (com cinco ministros cada, do que se infere haver dez ministros em cada seção)⁹⁷⁹.

Diante desse quadro, vê-se que é necessária variação na composição da turma em número equivalente a, pelo menos, três ministros, para configurar a alteração substancial apta a ensejar a interposição dos embargos de divergência, confrontando acórdãos do mesmo órgão colegiado. A propósito, entende-se que a menção à “turma” deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo as seções⁹⁸⁰ (também órgãos fracionários do STJ). Assim, quando a divergência ocorrer entre acórdãos oriundos da mesma seção, podem ser confrontados para fins de interposição do recurso, desde que tenha havido alteração de maioria de seus membros – que corresponde, no caso, a pelo menos seis ministros, considerando que são dez em cada seção.

Por fim, cabe salientar que essa alteração substancial na composição, embora enseje a interposição do recurso, em um primeiro momento, não necessariamente acarretará a sua admissão. Caso a divergência invocada não seja atual, por exemplo (em outros termos, caso a divergência já tenha sido superada), o recurso será inadmitido, por faltar um requisito específico de admissibilidade dos embargos de divergência (como tratado na seção 3.4.3).

⁹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Seções e Turmas*. [Composição]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Composi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 dez. 2016.

⁹⁸⁰ Em sentido contrário, Leonardo Greco (*Instituições de direito processual civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*, p. 295). Na opinião do autor, “o acórdão paradigma poderá ser de outro órgão do tribunal ou do mesmo que proferiu o acórdão embargado. Somente no caso de o acórdão recorrido ter sido proferido por turma é que a indicação como paradigma de acórdão da mesma turma exigirá que a composição desta tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (art. 1.043, § 3º)” (*Idem*).

3.2.4 Acórdão recorrido que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, julga recurso especial ou recurso extraordinário

Além das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência previstas no CPC/2015, tratadas anteriormente, acrescenta-se a possibilidade de interposição do recurso contra acórdão que, em agravo interno⁹⁸¹ ou em agravo em recurso especial ou extraordinário, julga recurso especial ou extraordinário⁹⁸².

Embora o Código não traga previsão específica a respeito, trata-se de entendimento já sedimentado pelos tribunais superiores. Cabe consignar, como notícia histórica, que por um período a orientação sustentada pelo Supremo Tribunal Federal foi pelo não cabimento de embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental. Inclusive, o entendimento culminou na edição do enunciado de Súmula n. 599, publicado em 05/01/1977, nos seguintes termos: “são incabíveis embargos de divergência de decisão de turma, em agravo regimental”⁹⁸³.

Contudo, especialmente após a edição da Lei n. 9.756/1998 – que conferiu poderes ao relator, inclusive para o julgamento monocrático dos recursos em alguns casos (art. 557, § 1º-A, do CPC/1973) –, a Súmula se tornou obsoleta⁹⁸⁴ e foi alvo

⁹⁸¹ Fala-se em agravo interno porque o CPC/2015 suprimiu a diferença antes existente entre agravo interno (art. 557, § 1º, do CPC/1973) e agravo regimental (cujo fundamento encontrava-se no regimento interno dos tribunais).

⁹⁸² No mesmo sentido, dispõe o Enunciado n. 230, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, decide recurso especial ou extraordinário” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 230*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

⁹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 599*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1527>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

⁹⁸⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 150.

de inúmeras críticas, no âmbito doutrinário.⁹⁸⁵ O Supremo Tribunal Federal, então, reviu seu entendimento e promoveu o cancelamento da Súmula ao julgar agravos regimentais nos embargos de divergência n. 285.093⁹⁸⁶, 283.240⁹⁸⁷ e 356.069,

⁹⁸⁵ Arruda Alvim, em artigo voltado especificamente a defender uma releitura da Súmula n. 599, argumentou que o enunciado já não condizia com a ordem jurídica vigente – em especial, por força da ampliação dos poderes do relator. Nas palavras do autor, “a circunstância desses poderes terem sido enfeixados em mãos do relator, proferindo (monocraticamente), decisões que anteriormente eram necessariamente colegiadas – e, nessa transferência de poderes estão incluídas decisões de mérito dos recursos extraordinários –, não deve impedir a continuidade do acesso ao Judiciário, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal” (Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da súm. 599 do STF. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 144, p. 9-22, fev. 2007. p. 12).

⁹⁸⁶ Insta reproduzir o teor da ementa: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - ACÓRDÃO EM AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - APRECIÇÃO INDIRETA - ADEQUAÇÃO. Conforme o disposto no artigo 546 do Código de Processo Civil, interpretado presente o objetivo da norma, mostram-se cabíveis os embargos de divergência quando o acórdão atacado por meio deles implica pronunciamento quanto a recurso extraordinário. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL - VERBETE Nº 599 DA SÚMULA DO SUPREMO. Ante o novo entendimento sobre o alcance do artigo 546 do Código de Processo Civil, não subsiste, sendo cancelado, o Verbetes nº 599 da Súmula do Supremo - "São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental". DIREITO - ALCANCE - JURISPRUDÊNCIA - EVOLUÇÃO. Incumbe ao órgão julgador evoluir no entendimento inicialmente adotado tão logo convencidos os integrantes de assistir maior razão, ante o ordenamento jurídico, à tese inicialmente rechaçada”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv. nos ED no AgRg no RE n. 285.093. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26 abril 2007. Publicação 28.03.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516865>>. Acesso em 17 dez. 2016).

⁹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AgRg no RE n. 283.240. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para

ante o argumento de que o mérito do recurso extraordinário é, de certa forma, enfrentado, o que ensejaria a interposição de embargos de divergência.

Destaca-se que no julgamento dos recursos acima referidos, o Ministro Cezar Peluso, ao expor as razões de seu convencimento, referiu-se à alteração legislativa de 1998, que conferiu maiores poderes ao relator, de forma que o julgamento singular dos recursos extraordinários tornou-se regra, fulminando a hipótese de cabimento dos embargos de divergência (cuja interposição pressupõe a existência de acórdão).⁹⁸⁸ Assim, manter a Súmula n. 599 no sistema importaria “não só aleijar o âmbito de eficácia dos embargos de divergência, mas sobretudo, fazê-lo em nome de uma distinção formal, carente de qualquer valor jurídico”.⁹⁸⁹

Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26 abril 2007. Publicação 14.03.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515157>>. Acesso em 17 dez. 2016.

⁹⁸⁸ O ministro sintetizou seu raciocínio da seguinte forma: “numa síntese, no regime processual anterior não se admitiam embargos contra acórdão de agravo regimental, porque tal decisão não tinha por objeto, sequer *mediato*, recurso extraordinário, o qual não podia ser julgado só pelo relator. No sistema atual, em que esse recebeu competência para, em decisão singular, julgar o próprio recurso extraordinário, todo acórdão de agravo regimental interposto contra essa decisão é, na substância, também decisão sobre o recurso extraordinário e, como tal, pode estar conflito com decisão doutra turma ou do Plenário obre a mesma *quaestio iuris*. Ou seja, tem-se aqui hipótese de todo em todo idêntica, quanto ao pressuposto do recurso, àquela que justifica e legitima a admissibilidade dos embargos de divergência contra acórdão de turma em julgamento *imediato* de recurso extraordinário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv. nos ED no AgRg no RE n. 285.093. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26 abril 2007. Publicação 28.03.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516865>>. Acesso em 17 dez. 2016).

⁹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv. nos ED no AgRg no RE n. 285.093. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26 abril 2007. Publicação 28.03.2008. Disponível em:

No Superior Tribunal de Justiça, de maneira diversa, o entendimento reiterado quanto ao cabimento de embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental⁹⁹⁰ deu origem ao enunciado de Súmula n. 316, publicada em 18/10/2005: “cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”⁹⁹¹.

À luz do CPC/2015, o agravo regimental foi substituído pelo agravo interno que, nos termos do artigo 1.021, é cabível contra decisão proferida pelo relator.⁹⁹² Pense-se, por exemplo, na decisão em que o relator nega provimento a recurso especial,

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516865>>. Acesso em 17 dez. 2016.

⁹⁹⁰ Cita-se, a título de exemplo, excerto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 2004: “PETIÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. [...] HIPÓTESE DIVERSA DA EXCEÇÃO QUE SE FAZ QUANDO O RELATOR JULGA, EM DECISÃO MONOCRÁTICA, O PRÓPRIO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL (ART. 544, § 3º, PRIMEIRA PARTE, E ART. 557, AMBOS DO CPC). 1. Em regra, não cabem embargos de divergência contra decisões em agravo regimental, porquanto o acórdão a ser embargado há de ter sido proferido em sede de recurso especial, conforme o disposto no art. 266, caput, do RISTJ, e no art. 546, inciso I, do CPC. 2. A regra, porém, comporta duas exceções, quais sejam, (i) quando o Relator, ao apreciar o agravo de instrumento, julga o mérito do recurso especial, com fundamento no art. 544, § 3º, primeira parte, do CPC; (ii) ou quando o mérito do recurso especial é apreciado pelo Relator em decisão monocrática, com arrimo no art. 557 do CPC. Nesses casos, o acórdão que julgar o agravo regimental eventualmente interposto poderá ser objurgado via embargos de divergência, desde que, é claro, atendidos os pressupostos do recurso. 3. Embargos de Divergência não conhecidos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição n. 2.169/PI. Relatora Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 10 março 2004. Publicação 22.03.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=2169&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>>. Acesso em: 18 dez. 2016).

⁹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 316*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='316'>>. Acesso em 3 dez. 2016.

⁹⁹² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 159.

de forma monocrática, por reputá-lo contrário a súmula do Superior Tribunal de Justiça. Interposto agravo interno, o relator pode retratar-se⁹⁹³ ou simplesmente levar o recurso a julgamento pelo órgão colegiado – quando o STJ pode vir a apreciar a questão de fundo do recurso especial. É o que destaca Oreste Nestor de Souza Laspro,

De fato, para decidir se o relator agiu corretamente, ao invocar súmula ou jurisprudência de Tribunal Superior ou do STF, para o julgamento monocrático, a Turma terá que analisar o objeto do recurso especial ou do extraordinário para aferir se realmente se enquadra ou não nos precedentes ou na súmula. Por essa razão é que se pode afirmar que, neste caso, a turma julgadora está examinando o próprio mérito do recurso especial ou extraordinário.⁹⁹⁴

Esse contexto torna acertada a interpretação quanto ao cabimento de embargos de divergência contra acórdão oriundo de

⁹⁹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, p. 317. Leciona o autor que essa possibilidade de retratação significa que o relator “pode simplesmente *tornar sem efeito* a decisão proferida em juízo singular, mandando *processar normalmente* o recurso (v.g., com ida da apelação ao revisor; com a determinação de sorteio de novo relator no caso de embargos infringentes etc.) a fim de que venha a ser apreciado pelo órgão colegiado; assim, se havia negado ‘seguimento’ ao recurso por manifestamente intempestivo ou por prejudicado, os temas da tempestividade ou da perda de objeto serão objeto de análise pela Câmara ou Turma, ocasião em que o relator poderá, com inteira liberdade, confirmar a orientação já antes manifestada ou, diante de novos argumentos ou ‘de melhor exame’, reformulá-la. Se o relator havia *dado ‘provimento’* ao recurso, portanto com exame de mérito, poderá aceitar a ponderação de que os argumentos do recorrente não apresentavam suficiente força persuasiva, sendo destarte mais adequado o conhecimento da matéria pelo colegiado. Em suma, *o processo terá andamento como se não houvera ocorrido o julgamento pelo relator* [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 317-318).

⁹⁹⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 19.

agravo interno. Pelas mesmas razões, entende-se admissível a interposição de embargos de divergência contra acórdão proferido em sede de agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário – que, nos termos do artigo 1.042⁹⁹⁵ do CPC/2015, constitui o recurso cabível contra decisão denegatória de recurso especial ou recurso extraordinário (correspondendo, portanto, ao agravo previsto no artigo 544 do CPC/1973).

O CPC/2015 manteve o juízo bipartido de admissibilidade dos recursos excepcionais que, em primeira análise, é realizado pelos tribunais de segundo grau e, após, pelo tribunal superior, no julgamento do recurso. Nos casos em que os recursos forem inadmitidos pelo tribunal *a quo*, abre-se a possibilidade de a parte interpor o agravo previsto no artigo 1.042, cuja apreciação compete ao respectivo tribunal superior (ao Supremo Tribunal Federal, em se tratando de recurso extraordinário; e ao Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de recurso especial).

Ocorre que, por ocasião do julgamento do agravo (cuja matéria adstringe-se à admissão do recurso excepcional), a corte superior pode dar-lhe provimento para conhecer do recurso (especial ou extraordinário), julgando, na mesma oportunidade, o seu mérito. A propósito, artigo 1.042, § 5º⁹⁹⁶, do CPC/2015, prevê expressamente a possibilidade de julgar conjuntamente o agravo e o recurso especial ou extraordinário a que se refere – previsão esta que coincide com o que dispõe o Regimento Interno

⁹⁹⁵ Na dicção do artigo 1.042, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.256/2016, “cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

⁹⁹⁶ Prevê o artigo 1.042, § 5º, que “o agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 253, parágrafo único⁹⁹⁷.

Assim, resta superado o enunciado de Súmula n. 315 do Superior Tribunal de Justiça⁹⁹⁸, segundo o qual “não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”⁹⁹⁹. Em verdade, há que se considerar que a Súmula foi editada e publicada em 2005, portanto, antes do advento da Lei n. 12.322/2010¹⁰⁰⁰ que, entre outras medidas, alterou o procedimento do agravo contra decisão denegatória de recurso especial e recurso extraordinário – passando a prever que não seria interposto por instrumento (mas

⁹⁹⁷ Impende reproduzir o teor do dispositivo: “distribuído o agravo e ouvido, se necessário, o Ministério Público no prazo de cinco dias, o relator poderá: [...] II - conhecer do agravo para: a) não conhecer do recurso especial inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida; b) negar provimento ao recurso especial que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema; c) dar provimento ao recurso especial se o acórdão recorrido for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema. d) determinar sua autuação como recurso especial quando não verificada qualquer das hipóteses previstas nas alíneas b e c, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

⁹⁹⁸ Tal entendimento também foi consagrado no Enunciado n. 231, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 231*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

⁹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 315*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='315'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='315'>)>. Acesso em: 3 dez. 2016.

¹⁰⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 65.

sim nos próprios autos)¹⁰⁰¹. A partir daí, como o agravo é interposto nos próprios autos do recurso especial e do recurso extraordinário, seu provimento (portanto, no sentido de admitir o recurso cujo seguimento foi negado pelo tribunal *a quo*) enseja que o tribunal superior aprecie, desde logo, o recurso – especial ou extraordinário.

Dessa sorte, o provimento do agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário surte, na atual conjuntura – pós-Lei n. 12.322/2010, reproduzida no CPC/2015 – os mesmos efeitos que o agravo interno: a possibilidade de o tribunal, ao admitir o recurso (provendo o agravo e revertendo, portanto, a decisão proferida pelo tribunal *a quo*, em sede de juízo provisório de admissibilidade), apreciar o seu mérito.

Em arremate, se de fato essa distinção de entendimentos, consubstanciados nas Súmulas n. 315 e 316 do STJ, já não se sustentava sob a égide do antigo Código¹⁰⁰² (com as alterações perpetradas pela Lei n. 12.322/2010), a discussão foi encerrada com o advento do CPC/2015 que prevê expressamente a

¹⁰⁰¹ Até 2010, o agravo contra decisão denegatória de recurso especial ou de recurso extraordinário era interposto por instrumento, de forma que “julgado procedente o agravo para os tribunais superiores – no âmbito dos embargos de divergência – os autos do processo seriam remetidos do tribunal *a quo* para o *ad quem* para dar início ao processamento e julgamento do recurso excepcional, o qual poderia, por sua vez, ser objeto de novos embargos de divergência. O que poderia comprometer, sobremaneira, a razoável duração do processo [Grifos do autor]” (TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 329).

¹⁰⁰² Ao discorrer sobre o tema, em consonância com a posição ora defendida, Yuri Guerzet Teixeira consignou o seguinte: “sugerimos, com todas as vênias que merece o Colendo STJ, a revisão de sua Súmula 315, porque coloca jurisdicionados, em situação jurídica semelhante – uma vez ser possível manejo dos embargos de divergência que tem por objeto a admissibilidade do recurso especial ou extraordinário –, em posição de disparidade, no que tange à via do recurso em estudo. Ressaltando que carece de base, desde a Lei 12.322/2010, o argumento segundo o qual posicionamento diverso do sumulado importaria em dilação excessiva do trâmite processual” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 330).

possibilidade de julgar conjuntamente o agravo e o recurso especial ou extraordinário (artigo 1.042, § 5º¹⁰⁰³).

Aqui, é pertinente trazer a lume a possibilidade de interpor embargos de divergência quando o acórdão recorrido ou o acórdão paradigma tenha enfrentado a controvérsia, embora sem admitir o recurso (hipótese de cabimento prevista no artigo 1.043, inciso III, do CPC/2015). É que, como comenta Oreste Nestor de Souza Laspro, não raro há acórdãos que desproveem o agravo interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou recurso extraordinário mas, ao perscrutar os fundamentos do *decisum*, constata-se ter havido análise de mérito do recurso excepcional.¹⁰⁰⁴ É o que acontece, por exemplo, quando se nega seguimento ao recurso, argumentando que não teria condições de prosperar quanto ao mérito – do que se extrai que a decisão, embora se refira ao juízo de admissibilidade, de fato adentrou o próprio mérito recursal.

A título de reforço argumentativo, o autor recorre ao enunciado de Súmula n. 249, editado pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da competência para a ação rescisória. Questiona, nesse sentido, qual o motivo de o enunciado afirmar ser o STF competente para a ação rescisória “quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”. Em resposta, explica que o que justifica a competência é o fato de ter havido enfrentamento do mérito recursal e arremata com uma crítica: diz não fazer sentido reputar incabíveis os embargos de divergência, nesses casos, e ao mesmo

¹⁰⁰³ Prevê o artigo 1.042, § 5º, do CPC/2015 que “o agravo poderá ser julgado, conforme o caso, conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹⁰⁰⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Souza Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 19.

tempo admitir a propositura de ação rescisória (instrumento cuja excepcionalidade é superior ao referido recurso).¹⁰⁰⁵

Assim, não há dúvidas de que cabem embargos de divergência contra acórdãos proferidos em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário que enfrentem a controvérsia.¹⁰⁰⁶

Nesse contexto, a hipótese versada no inciso III, do artigo 1.043, ganha especial relevo ao se constatar a possibilidade de interposição dos embargos de divergência mesmo quando um dos acórdãos não tenha conhecido do recurso, mas apreciado a controvérsia nele versada. O importante, para fins de interposição de embargos de divergência, é ter havido o enfrentamento do mérito recursal, ainda que em agravo interno ou agravo em recurso especial e recurso extraordinário.

3.3 QUESTÕES POLÊMICAS E HIPÓTESES DE (DES)CABIMENTO DO RECURSO

Os embargos de divergência sempre foram alvo de polêmicas no direito processual civil brasileiro, algumas das quais já rememoradas anteriormente. O fato de se tratar de recurso endereçado aos órgãos de superposição, com o propósito de elidir dissidências jurisprudenciais internas, denota, por si só, a parcimônia com que devem ser analisados os embargos de divergência. Em síntese, os embargos de divergência desafiam, em alguns pontos, a teoria geral dos recursos, mas se alinham sobremaneira à função constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, para os fins deste trabalho.

¹⁰⁰⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 25.

¹⁰⁰⁶ No mesmo sentido o Enunciado n. 230 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, decide recurso especial ou extraordinário” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 230*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

É certo que o CPC/2015 resolveu uma série de questões e de controvérsias subsistentes à luz do CPC/1973. Contudo, não podem passar despercebidas as perniciosas alterações promovidas pela Lei n. 13.256/2016 no que tange aos embargos de divergência. Muitas das novidades voltadas a ampliar as hipóteses de cabimento do recurso – e, assim, prestigiar a função que desempenha no sistema processual civil – convolaram-se em previsões natimortas, ora revestidas de mero valor histórico porque a lei entrou em vigor na mesma data em que o novo diploma.

Eis um ponto que enseja severas críticas, destacadas ao longo desta seção. Após a análise das hipóteses de cabimento suprimidas do CPC/2015, enfrentam-se outras questões polêmicas que ensejaram discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, destacando as opiniões prevaletentes na atual conjuntura.

3.3.1 Acórdão recorrido que, em recurso extraordinário ou recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo ambos os acórdãos (recorrido e paradigma) relativos ao juízo de admissibilidade

O primeiro grande retrocesso é constatado a partir da revogação do inciso II, do artigo 1.043¹⁰⁰⁷, do CPC/2015, que previa o cabimento dos embargos de divergência quando houvesse dissidência entre acórdãos relativos ao juízo de admissibilidade (um, recorrido, oriundo de recurso especial ou recurso extraordinário; e um, paradigma, proferido por outro órgão colegiado do mesmo tribunal).

¹⁰⁰⁷ Insta reproduzir os termos do artigo 1.043, inciso II, na versão original do CPC/2015: “é embargável o acórdão de órgão fracionário que: [...] II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade; (Revogado pela Lei n. 13.256, de 2016)” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

A novidade cogitada¹⁰⁰⁸ pelo CPC/2015 – e tolhida pela Lei n. 13.256/2016 – chegou a ser comemorada pela doutrina, como se infere das produções que antecederam o advento da malfadada legislação. A título de ilustração, cita-se passagem em que Pedro Miranda de Oliveira afirma que os embargos de divergência se tornaram instrumento mais eficiente, em prol da uniformização de jurisprudência dos tribunais superiores. Nas palavras do autor:

[...] as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora baseiam-se exclusivamente na existência de *teses contrapostas*, não importando o meio que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, *interna corporis*. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores [Grifos do autor].¹⁰⁰⁹

De fato, a ideia subjacente à previsão do Código, em sua versão original, era tornar embargáveis acórdãos proferidos pelos tribunais superiores em sede de recurso especial ou recurso extraordinário, independentemente da matéria neles versada: se relativa ao mérito ou ao juízo de admissibilidade. Isso porque, por vezes, a distinção entre juízo de mérito e juízo de admissibilidade nos recursos excepcionais é muito tênue¹⁰¹⁰; e tal fato, somado

¹⁰⁰⁸ Diz-se “cogitada” porque sequer chegou a vigor.

¹⁰⁰⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 1. ed., p. 315.

¹⁰¹⁰ Pontuam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que, “embora seja, como regra, bastante nítida a diferença existente entre admissibilidade e mérito dos recursos, tal separação não aparece tão clara em relação aos denominados recursos de fundamentação vinculada. É o que ocorre com os recursos extraordinário e especial, em que há certa dose de sobreposição entre o juízo de

aos desvios técnicos por vezes verificados na realidade forense, acarreta inúmeras confusões de ordem prática, com nítida ingerência sobre aquilo que é mais caro: o próprio direito do jurisdicionado.

No que toca aos embargos de divergência, os prejuízos abarcam não só o direito sob o ponto de vista do particular, como também o próprio direito objetivo, porquanto eventual atecnia (a exemplo da inadmissão de recurso cujo mérito, em verdade, fora apreciado¹⁰¹¹) impede a apreciação de um recurso voltado à uniformidade interpretativa da lei.

Em meio a esse enleio, envolvendo juízo de mérito e de admissibilidade, sob a égide do CPC/1973 defendia-se a possibilidade de interpor embargos de divergência quando a dissidência se referisse ao juízo de admissibilidade¹⁰¹². O argumento subjacente a essa tese erigia-se, principalmente, no fato de a redação do artigo 546 do Código revogado ser omissa

admissibilidade e o de mérito” (*Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 78).

¹⁰¹¹ Citam-se, a título de exemplo, os inúmeros casos em que o recurso não é admitido (portanto, tem seu seguimento obstado já no juízo de admissibilidade) por não haver violação à norma tal qual alegado (o que, nitidamente, adentra o mérito recursal). Entretanto, basta a simples alegação do vício – por exemplo, violação à lei federal ou à Constituição – para que o recurso especial ou extraordinário seja admitido. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 263.

¹⁰¹² MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1583. Aduz o autor que “na vigência do CPC/1973, havia alguns julgados do STJ admitindo embargos de divergência em relação a outras questões relacionadas à admissibilidade dos recursos, como, por exemplo, em relação ao preparo do recurso especial (cf. STJ, EREsp 1.090.683/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 09.06.2011) e ‘aos limites da devolutividade do recurso especial após o sei conhecimento, quando o STJ passa a julgar o mérito da causa’ (STJ, EREsp 595.742/SC, rel. Min. Massami Uyeda, 2ª. seção, j. 14.12.2016)” (*Idem*). Pedro Miranda de Oliveira, na vigência do CPC/1973, versou que os embargos de divergência poderiam ser interpostos “quando houver discrepância no que concerne à admissibilidade ou ao mérito, tanto do recurso extraordinário quanto do recurso especial” (*Agravo interno e agravo regimental*: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais, p. 122).

quanto às especificidades da divergência ensejadora do recurso (se relativa ao mérito ou à admissibilidade).

Nesse sentido, à luz do CPC/1973, defendia Yuri Guerzet Teixeira que os embargos de divergência eram admissíveis em ambos os casos (fosse a matéria relativa ao mérito ou não) visto que o artigo 546¹⁰¹³ aludia simplesmente à dissidência jurisprudencial, sem especificar se relativa ao juízo de mérito ou relativa ao juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.¹⁰¹⁴ Coincidente era a posição de Oreste Nestor de Souza Laspro, para quem o recurso poderia ser interposto com base na divergência “não somente em relação ao mérito do especial ou extraordinário, mas também em relação à admissibilidade, desde que, repita-se, a questão possa ser aferida no plano do direito sem revolver fatos”.¹⁰¹⁵

Reportando-se ao Código revogado, de igual forma, comenta José Miguel Garcia Medina que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça denotava a inclinação do tribunal a admitir embargos de divergência que versassem, entre outros, sobre a admissibilidade dos recursos e sobre os limites da

¹⁰¹³ Previo o artigo 546 do CPC/1973 ser embargável a decisão de turma que: “I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário” (BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹⁰¹⁴ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 326.

¹⁰¹⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 29. Em adendo, pertinente citar exemplo invocado pelo autor, com relação ao prequestionamento: “não há dúvida de que análise da existência do prequestionamento, a princípio, envolve cada caso, sendo, pois, impossível a ideia de precedente para fins de divergência. Todavia, é perfeitamente possível ocorrer divergência a respeito do conceito de prequestionamento. Ora, se há um antagonismo, por exemplo, entre duas Turmas a respeito do conceito objetivo de prequestionamento, a análise da divergência independe de fatos, razão pois do cabimento dos embargos de divergência” (*Idem*).

devolutividade do recurso especial, por exemplo.¹⁰¹⁶ Impende ressaltar, todavia, que a jurisprudência não era uníssona quanto ao cabimento do recurso nessa hipótese, em virtude do receio de que os embargos de divergência fossem desvirtuados e deixassem de ser instrumento uniformizador de jurisprudência, passando a ser usados simplesmente para tentar obter a admissibilidade de recurso especial.^{1017_1018}

Para pôr fim à controvérsia, inseriu-se expressamente no CPC/2015 a hipótese de cabimento dos embargos de divergência nos casos em que a dissonância de orientações concernisse ao juízo de admissibilidade. Concordando com a análise de Alexandre Reis Siqueira Freire, a hipótese consubstanciada no inciso II, da versão original do CPC/2015, “era uma resposta à

¹⁰¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*, p. 1583.

¹⁰¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Embargos de divergência e identidade entre as hipóteses confrontadas – cabimento de EDiv no juízo de admissibilidade recursal. *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 581-612, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad82d9a0000015a111256ebf24dce56&docguid=Iefbf15f0486211e4b44e010000000000&hitguid=Iefbf15f0486211e4b44e01000000000&spos=2&epos=2&td=66&context=36&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

¹⁰¹⁸ Reputa-se inexistir qualquer problema em se discutir questões relativas à admissibilidade do recurso especial em sede de embargos de divergência. Se diferentes órgãos colegiados do Superior Tribunal de Justiça mantêm interpretações dissonantes acerca dos pressupostos de admissibilidade, de igual forma essa dissidência interna coloca em xeque a segurança jurídica (em especial, sob o prisma da confiabilidade). Pode-se pensar, por exemplo, na hipótese de um recurso especial ser inadmitido, sob o argumento de que sua análise implica revolvimento de matéria fático-probatória – encontrando óbice, portanto, na Súmula n. 7, do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, em caso bastante similar, pode o mesmo tribunal ter admitido recurso especial e promovido o seu julgamento, sem aventar qualquer óbice – muito menos, aquele insculpido na Súmula n. 7.

jurisprudência defensiva que se erigiu em torno do tema”¹⁰¹⁹. A previsão era consonante ao princípio da primazia do julgamento do mérito recursal, especialmente prestigiado pelo CPC/2015.

Então, a redação original do novo Código, tal qual sancionada, previa, no mesmo artigo, a possibilidade de interposição do recurso quando o acórdão embargado e o acórdão paradigma fossem: (i) ambos de mérito (artigo 1.043, inciso I); (ii) ambos de admissibilidade (artigo 1.043, inciso II); e (iii) um de mérito e um de admissibilidade (artigo 1.043, inciso III). Essa configuração constituía uma inovação do CPC/2015 na medida em que ampliava as hipóteses de cabimento do recurso – e permitia, portanto, que outras matérias chegassem aos tribunais superiores, a fim de que os entendimentos a respeito fossem uniformizados (objetivo que o recurso traz em seu bojo).

À euforia inicial sobre pôs-se a Lei n. 13.256/2016, que alterou substancialmente o artigo 1.043, suprimindo aquilo que seria uma inovação no direito processual civil brasileiro. Assim, a interposição de embargos de divergência é viável apenas quando a dissidência for relativa ao mérito, sendo o recurso incabível quando versar sobre juízo de admissibilidade¹⁰²⁰. Por

¹⁰¹⁹ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2613.

¹⁰²⁰ Em recurso interposto e julgado na vigência do CPC/2015, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: “a configuração do dissídio interno que viabiliza a interposição de embargos de divergência pressupõe que os acórdãos confrontados apresentem, além de similitude fática, discussão das teses jurídicas sob o mesmo enfoque legal – chegando a resultados distintos –, e sejam assentados sob o exame do mérito do recurso, porque não servem tais embargos para discussão sobre a aplicação de regra técnica de admissibilidade recursal”. Ainda, do inteiro teor do acórdão extrai-se o seguinte: “reforço que a jurisprudência da Corte Especial do STJ é no sentido de que não cabem embargos de divergência com a finalidade de discutir eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade de recurso especial, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, ausência de prequestionamento, ao reexame de provas, à necessidade de interpretação de cláusulas contratuais (AgRg nos EREsp 1.191.545/RJ, Corte Especial, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13.9.2012)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 704.028/RJ. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 19 outubro 2016. Publicação 10.11.2016.

consequência, subsistem as dificuldades inerentes à distinção entre juízo de mérito e juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais¹⁰²¹, o que reserva largo espaço à atuação da jurisprudência defensiva.

Disponível em:
 <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201500881580&dt_publicacao=10/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016). Em outra oportunidade, consignou o tribunal superior que “não há que se falar em dissenso interpretativo entre julgados quando não ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso especial, revelando-se inviável, em sede de Embargos de Divergência, a discussão sobre o acerto ou desacerto da aplicação de regra técnica de conhecimento recursal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.566.452/SP. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201502686490&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 21 nov. 2016).

¹⁰²¹ Impende ressaltar que a distinção entre juízo de mérito e juízo de admissibilidade nos recursos excepcionais não é tão nítida; também não é uníssona a doutrina a esse respeito, de forma que resta dificultada a atuação dos operadores do direito. Coaduna-se com o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira de que, basta a alegação do vício para que o recurso seja admitido (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 261). Assim, aos recursos excepcionais deve ser aplicada a mesma lógica dos embargos de declaração: alegada a existência de vício (omissão, obscuridade, contradição ou erro material, como prevê o artigo 1.022, do CPC/2015) deve o recurso ser admitido; se, de fato, não se verifica o vício alegado, impende desprover o recurso. Eis o que privilegiou o Supremo Tribunal Federal no acórdão a seguir: “distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele questionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 298.694. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 6 agosto 2003. Publicação 23.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28298694%2E+OU+298694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hkr542w>>. Acesso em: 22 dez. 2016). De maneira diversa, Flávio Cheim Jorge advoga que a simples

Há que se ressaltar, todavia, que essa orientação não é pacífica. Alguns autores defendem que, a despeito da revogação promovida pela Lei n. 13.256/2016, subsiste a possibilidade de interpor embargos de divergência com o fito de sanar dissonância relativa ao juízo de admissibilidade com fulcro no artigo 1.043, § 2º, do CPC/2015. Eis o que entende Teresa Arruda Alvim Wambier ao argumentar que, “além de não existir dispositivo que proíba o uso do recurso nesta hipótese, esta possibilidade é, ainda, reforçada pelo § 2º, que não foi revogado: divergências de direito material e de direito processual autorizam o uso do recurso!”¹⁰²².

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que a revogação do inciso II do artigo 1.043 não importa vedação ao cabimento dos embargos de divergência quando a controvérsia cingir-se ao juízo

alegação de vício “é apenas a primeira etapa para que o recurso seja admitido. Imprescindível também se torna a análise da alegação e, por fim, a sua verificação em concreto. Somente quando presentes essas três fases é que se pode falar, propriamente, no julgamento de mérito do recurso”. Em conclusão, sustenta que “o fator determinante para a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos é o *grau de cognição* exercido pelo órgão julgador. Se a cognição for superficial, inequivocamente, não se poderá dizer que houve o julgamento de mérito do recurso. No entanto, se a cognição for exauriente (verificando-se em concreto a alegação), então se poderá falar, com pertinência, no seu exercício” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 100). Entende-se que a posição do autor não resolve a questão, por não trazer critérios objetivos à aferição do liame exato em que é ultrapassado o juízo de admissibilidade e se adentra o juízo de mérito do recurso. Reiteradas são as vezes em que se aventa inexistir violação à lei, apreciando-se o mérito da questão, e, ao final, o acórdão é no sentido de não conhecer do recurso. Veja-se que os exemplos citados pelo autor, para defender sua orientação, não versam a respeito dessas hipóteses; mas de hipóteses de inovação recursal (ocasião em que, de fato, não há que se admitir o recurso).

¹⁰²² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1695-1696.

de admissibilidade porque “as questões referentes à admissibilidade recursal são questões processuais”.¹⁰²³

Discorda-se da opinião dos autores por entender-se que a questão de direito processual sobre que versa o § 2º se refere ao mérito do recurso (que pode ser de direito material ou processual) e não se confunde com o seu juízo de admissibilidade. Dessa sorte, não seriam interponíveis os embargos de divergência, nesse caso.

Invocando fundamento diverso, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também defendem que a hipótese, não obstante suprimida, ainda enseja a interposição do recurso. A linha de raciocínio dos autores é a seguinte:

A admissibilidade dos recursos excepcionais é matéria com sede na Constituição (CF 102 III e 105 III), de sorte que não se pode subtrair do STF e do STJ a oportunidade de uniformizar seu entendimento quanto a esse tema. Ademais, deve seguir-se o comando do CPC 926, caput, no sentido de que os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, coerente e íntegra e o dissenso, ainda que recaia somente sobre a admissibilidade do RE e/ou REsp, é circunstância que conspira contra a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência do STF e/ou STJ.¹⁰²⁴

A opinião desses autores se sustenta em bases sólidas (notadamente, o papel exercido pelos tribunais superiores no direito brasileiro), mas com ela não se pode concordar: primeiro, porque as hipóteses de cabimento dos recursos precisam estar previstas expressamente em lei; segundo, porque tampouco se pode cogitar a ideia de promover interpretação extensiva, em especial considerando que a hipótese de cabimento foi suprimida pela Lei n. 13.256/2016.

¹⁰²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1123.

¹⁰²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 2397.

Nesse passo, mantém-se a posição quanto à impossibilidade de interpor embargos de divergência para questionar juízo de admissibilidade¹⁰²⁵, sem olvidar que a alteração legislativa fez com que consideráveis previsões do CPC/2015 fossem natimortas, representando um retrocesso. Em outros termos, o legislador perdeu a oportunidade de ampliar as hipóteses em que é possível instar o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal a se pronunciarem acerca de questões de direito e, mais do que isso, sanarem divergências internas que comprometem sobremaneira – e põem em xeque, verdadeiramente – a função destes tribunais superiores enquanto órgãos de cúpula¹⁰²⁶.

Eis a crítica que jaz sobre as infelizes alterações perpetradas pela lei, cujo processo legislativo foi obscuro e cuja aprovação se deu, diga-se, às vésperas da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁰²⁵ Não diverge a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar embargos de divergência interpostos sob a égide do CPC/2015: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. NÃO CABIMENTO. 1. Nos termos do art. 266, caput, do RISTJ c/c o art. 1.043 do CPC/2015, os embargos de divergência têm, como requisito de admissibilidade, a existência de dissenso interpretativo entre diferentes órgãos jurisdicionais deste Tribunal Superior, devendo ter sido apreciada a matéria de mérito do recurso especial - seja de natureza processual seja material -, sendo certo que este recurso é incabível para o reexame de regra técnica de admissibilidade recursal, como sói ser a incidência da Súmula 182 do STJ. 2. Agravo interno não provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 444.621/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 28.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteior/?num_registro=201303984263&dt_publicacao=28/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹⁰²⁶ Com razão Alexandre Reis Siqueira Freire ao comentar que houve “flagrante retrocesso com a supressão desse importante permissivo dos embargos para compor dissídio interno a respeito dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade dos recursos” (Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2613).

3.3.2 Acórdão recorrido proferido em processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal

Outra hipótese de cabimento suprimida pela Lei n. 13.256/2016 foi aquela inicialmente prevista no artigo 1.043, inciso IV, do CPC/2015: interposição de embargos nos casos em que o acórdão do órgão fracionário, proferido nos processos de competência originária, divergisse de qualquer outro julgamento do mesmo tribunal.

Então, na conjuntura pós-Lei n. 13.256/2016, admite-se que os acórdãos proferidos em sede de recursos e de ações de competência originária sejam utilizados como paradigma (conforme o artigo 1.043, § 3º, do CPC/2015); mas não que sejam recorridos, mediante embargos de divergência. Trata-se de verdadeira contradição em termos, porquanto deva haver reciprocidade entre acórdão recorrido e acórdão paradigma. Se o que importa, em última análise, é a univocidade interpretativa – seja da lei federal, seja da Constituição –, pouco importa se a questão de direito foi ventilada em recurso especial, em recurso extraordinário, ou em ação de competência originária das cortes de vértice.¹⁰²⁷

Ademais, se o propósito subjacente aos embargos de divergência é conferir uniformidade interpretativa, elidindo dissidências jurisprudenciais endógenas aos tribunais superiores e assim viabilizando o cumprimento da função que lhes é precípua, o escopo resta prejudicado ao se restringir o cabimento do recurso aos acórdãos proferidos em sede de recurso especial e de recurso extraordinário. Concorde-se, nesse sentir, com Rafael de Oliveira Guimarães e com Henrique Cavalheiro Ricci quando consignam

¹⁰²⁷ No mesmo passo, Alexandre Reis Siqueira Freire aponta como “extremamente censurável a revogação do aludido dispositivo, pois independentemente da classe processual (ação originária ou recurso) o importante é unidade interpretativa das Cortes Superiores a respeito do Direito, alcançada pelo julgamento dos embargos de divergência” (Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2613).

que o espectro restrito de cabimento do recurso impede que atinja por completo seu desiderato.¹⁰²⁸

Aqui está outro retrocesso promovido pela Lei n. 13.256/2016, que eliminou mais essa hipótese de cabimento, mantendo a “grave distorção existente no CPC/1973, em que não eram cabíveis embargos de divergência das decisões prolatadas no momento do julgamento de causas de competência originária dos tribunais superiores”, como refere Pedro Miranda de Oliveira.¹⁰²⁹

Afora as críticas dirigidas à Lei n. 13.256/2016, impende abordar outras controvérsias que subsistem na vigência do CPC/2015.

3.3.3 Acórdão recorrido proveniente de julgamento de recurso ordinário

Outra questão que suscita controvérsias é o cabimento ou não de embargos de divergência contra acórdão proferido em sede de recurso ordinário. Na versão original do CPC/2015 não havia previsão nesse sentido, eis que a hipótese consubstanciada no revogado inciso IV, do artigo 1.043, cingia-se aos casos em que o acórdão recorrido fosse oriundo de julgamento de processos de competência originária (e não de recursos).

Por outro lado, o acórdão oriundo de julgamento de recursos (entre os quais, o ordinário), pode servir de paradigma para confrontar a tese jurídica tal qual formulada no acórdão recorrido – como previsto no artigo 1.043, § 1º. Tal constatação leva a um questionamento já suscitado no presente trabalho: o que justifica essa disparidade entre os acórdãos que são embargáveis (por embargos de divergência) e os que podem servir de paradigma, para fins de demonstração do dissídio jurisprudencial?

¹⁰²⁸ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 21, n. 84, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 132.

¹⁰²⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 1. ed., p. 314.

À primeira vista, poder-se-ia sustentar que essa diferença tem relação com a amplitude cognitiva do recurso ordinário. Ao contrário dos recursos extraordinários *lato sensu* (recurso especial e recurso extraordinário), o recurso ordinário faz as vezes de uma apelação¹⁰³⁰, sendo cabível, entre outros, nos casos em que a ordem requerida no mandado de segurança for denegada (portanto, concedendo ao impetrante uma oportunidade de devolver a questão à apreciação de órgão superior).¹⁰³¹ Dessa forma, não seria possível interpor embargos de divergência contra acórdãos proferidos em sede de recurso ordinário (que, como a apelação, não possuem as mesmas restrições que os recursos especial e extraordinário – por exemplo, revolvimento de matéria fático-probatória).

Contudo, é importante ter em mente que o recurso ordinário em mandados de segurança só é cabível quando denegatória a decisão proferida pelos tribunais de segundo grau (de justiça ou regionais federais) ou pelo Superior Tribunal de Justiça – como previsto no artigo 1.027 do CPC/2015 e nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’ e 105, inciso II, alínea ‘b’ da Constituição Federal.¹⁰³² Então, pela literalidade da lei, se a

¹⁰³⁰ Como aduz José Frederico Marques, ao recurso ordinário “basta a sucumbência como requisito básico do direito de recorrer” (*Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 204).

¹⁰³¹ Da mesma forma, prevê o artigo 18, da Lei n. 12.016/2009: “das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada” (BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016).

¹⁰³² O artigo 1.027 do CPC/2015 prevê que “serão julgados em recurso ordinário: I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão; II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível

ordem não for concedida pelo tribunal de justiça, por exemplo, pode o impetrante interpor recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese de o acórdão proferido no julgamento do recurso divergir da orientação exarada por outro órgão colegiado do mesmo tribunal, ainda assim não caberão embargos de divergência, por ausência de previsão legal.

Situação diversa, todavia, verifica-se em caso de concessão da ordem. Nessa hipótese, o interesse recursal será do poder público, que poderá insurgir-se contra a decisão mediante interposição de recurso especial ou recurso extraordinário – caso verifique alguma das hipóteses previstas no artigo 105, inciso III, ou no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, respectivamente. Contra o acórdão proferido no julgamento do recurso especial ou no julgamento do recurso extraordinário, poderá interpor embargos de divergência, caso constatados os demais requisitos de admissibilidade.

Diante desse contexto, Oreste Nestor de Souza Laspro defende que é preciso interpretar de forma extensiva as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência a fim de reputá-los cabíveis também contra acórdão proferido em julgamento de recurso ordinário. O autor justifica a sua opinião argumentando que o recurso ordinário foi criado para permitir uma reanálise da matéria pelo órgão superior, não podendo servir para tolher, do impetrante, o direito de interpor embargos de divergência. Contudo, faz a ressalva de que o recurso não seria admissível em

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016). No âmbito constitucional, prevê o artigo 102, inciso II, alínea ‘a’ que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”. O artigo 105, inciso II, alínea ‘b’, por sua vez, dispõe que “compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] II - julgar, em recurso ordinário: [...] b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

todos os casos: “no caso de julgamento perante o STF somente para matéria que seria examinável em extraordinário e perante o STJ somente para matéria de recurso especial”¹⁰³³.

Embora não se coadune com a justificativa invocada pelo autor, entende-se haver uma incongruência no CPC/2015, por força da restrição dos acórdãos recorríveis por embargos de divergência, por um lado, e da ampliação dos acórdãos que podem ser utilizados como paradigma, por outro. O mais acertado seria manter-se uma equivalência, a fim de que os mesmos acórdãos utilizáveis como paradigma, para fins de demonstração da divergência, fossem também recorríveis mediante embargos.

Contudo, diante da versão original do Código (que já não contemplava a possibilidade de interposição dos embargos de divergência) e, em especial, diante das modificações perpetradas pela Lei n. 13.256/2016 (que suprimiu a hipótese outrora prevista no artigo 1.043, inciso IV, do CPC/2015), entende-se inviável realizar uma interpretação extensiva a ponto de se admitir a interposição do recurso contra acórdãos oriundos de recurso ordinário. As demais hipóteses previstas no artigo 1.043 são bem específicas e poderiam justificar a interposição de embargos de divergência, nesse caso (diferentemente do que ocorre com a possibilidade de interposição do recurso contra acórdão proferido em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário que adentrem o mérito do próprio recurso especial ou extraordinário).

Então, embora a sugestão se erija no nobre propósito em que se fundam os embargos de divergência – qual seja, uniformizar a interpretação do direito, federal ou constitucional –, na verdade, encontra óbice no princípio da taxatividade recursal, que impede a interposição de recurso quando não haja expressa previsão legal quanto ao seu cabimento.

Não fosse a ausência de previsão legal, ou, ao menos, se subsistisse a hipótese inicialmente prevista no inciso IV do artigo 1.043, do CPC/2015, seria defensável o cabimento de embargos de divergência. Porém, concordando com Oreste Nestor de Souza Laspro, esse cabimento pressuporia a divergência quanto à questão de direito ventilada no acórdão, porquanto ao Superior

¹⁰³³ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010. p. 22.

Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal cabe zelar pela correteza na aplicação da lei – e não promover a justiça no caso concreto. Semelhante delimitação seria necessária se subsistisse no CPC/2015 a possibilidade de interposição dos embargos de divergência contra acórdãos proferidos em processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (conforme previa o inciso IV, do artigo 1.043, revogado pela Lei n. 13.256/2016).

De qualquer modo, entende-se que o CPC/2015 apresenta incongruência ao não estabelecer plena correspondência entre decisões embargáveis e decisões que servem como paradigmas – incongruência esta que foi agravada pelo advento da Lei n. 13.256/2016.

3.3.4 Acórdão paradigma proveniente de órgão fracionário que não mais possui competência para julgar a questão

Questão bastante relevante, que já suscitava controvérsias na vigência do CPC/1973, concerne à demonstração da divergência mediante a utilização de acórdão paradigma de órgão fracionário que não mais possui competência para apreciar a matéria. Em verdade, essa possibilidade de alteração de competência restringe-se ao Superior Tribunal de Justiça (dividido em três seções, cada qual com duas turmas e com sua respectiva competência¹⁰³⁴), porquanto o Supremo Tribunal Federal tenha em sua composição apenas duas turmas, de mesma competência.

Após intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de Súmula n. 158, consolidando que “não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não

¹⁰³⁴ Vale salientar que “a competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa”, nos termos do artigo 9º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/articula/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

mais tenha competência para a matéria neles versada”.¹⁰³⁵ Em análise dos acórdãos que originaram dito enunciado, infere-se que o óbice reside na atualidade, que não seria constatável quando o acórdão invocado como paradigma se originasse de órgão que não mais possui competência para apreciar a questão.

O enunciado sumular, contudo, não é isento de críticas. Para José Saraiva, a súmula se presta a legitimar a desconsideração do entendimento exarado por um órgão colegiado. Na interpretação do autor, “nega-se a validade das decisões do próprio tribunal e o efeito paradigmático das manifestações do Pretório resta enfraquecido, porque, se os órgãos internos desconsideram a jurisprudência recíproca e inexistente pacificação, há, na prática, diversos tribunais dentro de um só”.¹⁰³⁶

Compreende-se a opinião do autor e, de fato, a Súmula dá azo à desconsideração de entendimentos exarados por órgão fracionário cuja competência foi alterada (mas que, à época em que proferido o acórdão, detinha competência para enfrentar a matéria). Eis o ponto: embora o órgão não mais possua competência para julgar determinada matéria, era competente quando julgou o recurso especial.

Nesse sentido, parece não haver óbice à utilização do acórdão como paradigma, se analisada a questão pelo viés da competência. Porém, quando a atenção se volta ao propósito dos embargos de divergência, de fazer cessar a dissonância jurisprudencial entre órgãos fracionários do mesmo tribunal, o entendimento sumulado se justifica: não faz sentido elidir a divergência verificada entre o acórdão recorrido e o acórdão proferido por órgão fracionário que não mais detém competência para examinar a matéria.¹⁰³⁷ É dizer: a alteração da competência

¹⁰³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 158*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='158'>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

¹⁰³⁶ SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*, p. 407.

¹⁰³⁷ A mesma opinião é compartilhada por Marcelo Pires Torreão, para quem “é preferível prestigiar o teor do referido enunciado 158, pois os embargos de divergência objetivam sanar a desarmonia existente entre órgãos de competência vigente, mas não entre entendimentos atuais e ultrapassados. Se assim fosse, estaria possibilitada a interposição eterna dos embargos de divergência pelo dissídio entre a nova concepção e a

faz com que o órgão jurisdicional prolator do acórdão não mais consiga insistir no entendimento exarado e, por consectário, prevalece a interpretação da lei federal consubstanciada no acórdão recorrido. Portanto, não se presta para demonstração da divergência acórdão paradigma proveniente de órgão fracionário que não mais possui competência para julgar a questão.¹⁰³⁸

3.3.5 Decisões da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e do Plenário do Supremo Tribunal Federal

As decisões da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e do Plenário do Supremo Tribunal Federal não são embargáveis¹⁰³⁹, pela dicção do artigo 1.043 do CPC/2015. Na

antiga – porém registrada – interpretação sobre determinado assunto, o que certamente foge ao escopo dos embargos de divergência” (*Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*, p. 154).

¹⁰³⁸ A título de exemplo, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO POR TURMA QUE NÃO MAIS DETÉM A COMPETÊNCIA PARA A MATÉRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 158/STJ. NÃO APRECIÇÃO DO MÉRITO DO APELO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 315 DESTA CORTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, cristalizada no enunciado nº 158, “não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 844.829/SP. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2016. Publicação 11.10.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600033986&dt_publicacao=11/10/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹⁰³⁹ Antes do advento do CPC/2015 o entendimento já era assente no Supremo Tribunal Federal: “nos termos do art. 330 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, os embargos de divergência são cabíveis apenas contra acórdão de Turma, não sendo, pois, apropriados para impugnar acórdão do Plenário desta Corte” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AI n. 743.629. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 14 outubro 2010. Publicação 11.11.2010. Disponível em:

realidade, nem poderiam ser, porquanto as decisões da Corte Especial e do Plenário refletem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, acerca das questões submetidas à sua apreciação – e, como tal, devem orientar os julgamentos dos seus órgãos colegiados, como aduz Alexandre Reis Siqueira Freire¹⁰⁴⁰. Tanto é que a Corte Especial e o Plenário possuem competência para editar súmulas da jurisprudência dominante dos respectivos tribunais.¹⁰⁴¹

Com razão Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim quando assentam que “são rejeitados os embargos de divergência interpostos contra acórdãos da Corte Especial do STJ e do Pleno do STF, uma vez que são órgãos naturalmente uniformizadores”.¹⁰⁴² Sendo assim, não haveria que se falar em divergência, muito menos em relação a órgãos colegiados hierarquicamente inferiores.

Não obstante, ainda que houvesse qualquer possibilidade de configurar um dissídio jurisprudencial hábil a ensinar

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616386>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹⁰⁴⁰ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Embargos de divergência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 137. Concorde-se com o autor quando sustenta que “a decisão de mérito proferida no julgamento de embargos de divergência pelo órgão especial ou seção do Superior Tribunal de Justiça deverá ser seguida pelas respectivas seções e turmas. Por sua vez, a decisão de mérito proferida no julgamento de embargos de divergência pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal deverá ser seguida pelas respectivas turmas” (Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2616). No mesmo sentido, assenta Eduardo Ribeiro de Oliveira que “tratando-se de decisões do Pleno do STF ou do órgão especial do STJ, a orientação nelas refletida é que há de prevalecer. Não se justificariam os embargos” (*Idem*).

¹⁰⁴¹ Conforme previsto no artigo 7º, inciso VII, do RISTF, e artigo 11, parágrafo único, inciso VII, do RISTJ.

¹⁰⁴² ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1283.

embargos de divergência, não haveria um órgão colegiado superior competente para julgar o recurso.¹⁰⁴³

Óbices não há, todavia, à utilização dos acórdãos proferidos pelo Plenário do STF e pela Corte Especial do STJ como paradigma. Ressalte-se que a redação da Lei n. 623/1949 já previa expressamente serem embargáveis as decisões das turmas que, entre outros, divergissem de “decisão tomada pelo Tribunal Pleno”.¹⁰⁴⁴ Da mesma forma, o CPC/1973 previa serem embargáveis os acórdãos proferidos em sede de recurso especial ou extraordinário que, entre outros, divergissem do julgamento do *Órgão Especial* ou do *Plenário*, respectivamente.

Muito embora o CPC/2015 não faça expressamente essa menção – refere-se a *qualquer outro órgão do mesmo tribunal* –, não há dúvidas de que tais acórdãos podem ser utilizados para fins de demonstrar a divergência. Nada mais lógico, haja vista a envergadura da Corte Especial do STJ e do Plenário do STF na estrutura judiciária brasileira: são os órgãos máximos dos tribunais superiores, incumbidos, precipuamente, de zelar pela unidade do direito.

Esclarecidos esses pontos, na seção seguinte, investiga-se a possibilidade de interpor embargos de divergência contra acórdãos provenientes de julgamento de recursos repetitivos e de utilizá-los como paradigma.

3.3.6 Acórdão proveniente de julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo

Em ambas as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, o CPC/2015 é expresso ao se referir a acórdãos proferidos em sede de recurso especial ou recurso extraordinário como embargáveis. A partir disso, exsurge a dúvida se caberiam embargos, também, contra os acórdãos proferidos em julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário repetitivos.

¹⁰⁴³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 336.

¹⁰⁴⁴ BRASIL. *Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949*. Torna embargáveis as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0623.htm>. Acesso em: 8 dez. 2016.

A princípio, poderia soar despropositado, já que a afetação dos recursos excepcionais à técnica de julgamento de recursos repetitivos¹⁰⁴⁵ dá-se justamente com o intuito de unificar interpretação a respeito da questão jurídica – é um dos mecanismos previstos na lei processual civil voltados à uniformização jurisprudencial, como visto no segundo capítulo deste trabalho.

Do ponto de vista formal, não há óbices ao cabimento de embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Considerando que o julgamento do recurso especial repetitivo incumbe, em regra, à respectiva seção¹⁰⁴⁶ – dotada de competência para enfrentamento da matéria nos termos do artigo 9º¹⁰⁴⁷ do RISTJ –, não se descarta a possibilidade de o

¹⁰⁴⁵ Nos termos do artigo 1.036 e seguintes, do CPC/2015, sempre que houver “multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹⁰⁴⁶ Conforme disposto no artigo 12, inciso X, do RISTJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/articula/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹⁰⁴⁷ Prevê o artigo 9º a seguinte divisão de competências: “§ 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I - licitações e contratos administrativos; II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; III - ensino superior; IV - inscrição e exercício profissionais; V - direito sindical; VI - nacionalidade; VII - desapropriação, inclusive a indireta; VIII - responsabilidade civil do Estado; IX - tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; X - preços públicos e multas de qualquer natureza; XI - servidores públicos civis e militares; XII - habeas corpus referentes às matérias de sua competência; XIII - benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho; XIV - direito público em geral. § 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I - domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação; II - obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato; III - responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado; IV - direito de família e sucessões; V - direito do trabalho; VI - propriedade industrial, mesmo quando envolverem arguição de nulidade do registro; VII - constituição, dissolução e liquidação de

entendimento fixado divergir da interpretação conferida a uma mesma questão de direito por outra turma (vinculada a outra seção), seção ou Corte Especial. Mas, justamente em razão da divisão de competência material, essa divergência só poderia ser de cunho processual, salvo quando se tratasse de dissidência entre a seção e a Corte Especial. Agora, na hipótese de o recurso especial repetitivo ser julgado pela Corte Especial¹⁰⁴⁸, o que ocorre em alguns casos nos quais a questão de direito é de cunho processual, entende-se incabíveis os embargos de divergência¹⁰⁴⁹ pelas mesmas razões apresentadas na seção 3.3.5¹⁰⁵⁰.

sociedade; VIII - comércio em geral, inclusive o marítimo e o aéreo, bolsas de valores, instituições financeiras e mercado de capitais; IX - falências e concordatas; X - títulos de crédito; XI - registros públicos, mesmo quando o Estado participar da demanda; XII - locação predial urbana; XIII- habeas corpus referentes às matérias de sua competência; XIV- direito privado em geral. § 3º À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os habeas corpus de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹⁰⁴⁸ Competência essa que está prevista no artigo 11, inciso XVI, do RISTJ, *in verbis*: “Compete à Corte Especial processar e julgar: [...] XVI - o recurso especial repetitivo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em 10 dez. 2016).

¹⁰⁴⁹ O Superior Tribunal de Justiça, referindo-se à interposição de embargos de divergência contra acórdão oriundo do julgamento de recurso especial repetitivo, assim já se pronunciou: “o rito estabelecido pelo art. 543-C do Código de Processo Civil pressupõe a existência de multiplicidade de recursos, com fundamento em idêntica questão de direito, e a finalidade é, justamente, uniformizar a jurisprudência irradiada pelo Superior Tribunal de Justiça, na interpretação da legislação infraconstitucional. E os julgamentos realizados nessa via de uniformização são feitos ou pelas Seções, considerando suas competências materiais, ou pela Corte Especial, quando a questão controvertida se referir a aspectos processuais que atinjam mais de uma Seção. Nesse contexto, se a questão foi resolvida no âmbito da Seção, no julgamento de recurso especial repetitivo, não cabem embargos de divergência” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, todavia, não se vislumbra a possibilidade de interposição dos embargos de divergência, porquanto o julgamento do recurso extraordinário repetitivo compete ao Plenário. Dessa forma, não haveria que se falar em divergência – visto que o acórdão proferido pelo Plenário, no julgamento do recurso repetitivo, coincidiria com a interpretação do tribunal acerca da questão constitucional suscitada – nem haveria um órgão superior para julgar o recurso.

O fato de o julgamento de casos repetitivos também se prestar à uniformização jurisprudencial não constitui óbice ao cabimento dos embargos de divergência: uma coisa é afetar determinado recurso ao julgamento sob o rito dos repetitivos, a fim de proferir uma única decisão aplicável a todos os recursos e processos sobrestados – garantindo-se, assim, um tratamento equânime; outra, bem diversa, é lançar mão de um meio de impugnação voltado, especificamente, a eliminar a divergência endógena ao tribunal superior e que, por via reflexa, confere unidade ao direito, como é o caso dos embargos de divergência.

Então a similitude de propósitos – uniformização da jurisprudência – não denota a impossibilidade de interpor embargos de divergência contra o acórdão proferido em sede de julgamento de recurso especial repetitivo (é claro, desde que sejam constatados todos os pressupostos indispensáveis à admissão do recurso).

De qualquer forma, ainda que pela ótica formal não haja óbices à interposição de embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se da jurisprudência casos em que a Corte Especial inadmitiu o recurso, na vigência do

n. 1.091.363/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2015. Publicação 16.10.2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402219332&dt_publicacao=16/10/2015>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹⁰⁵⁰ Como desenvolvido na seção 3.3.5 deste trabalho, não se admitem embargos de divergência contra acórdãos oriundos da Corte Especial porquanto o julgamento reflita o próprio posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não se podendo falar em divergência. Ademais, não haveria um órgão superior para julgar os embargos de divergência, considerando que o Plenário do Superior Tribunal de Justiça possui funções administrativas e não jurisdicionais (nos termos do artigo 10 do RISTJ).

CPC/1973, por se tratar de acórdão oriundo de seção (e não de turma, como se inferia da exegese do artigo 546).¹⁰⁵¹ Ademais, a

¹⁰⁵¹ Cita-se, a título de exemplo: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO DE SEÇÃO EM JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NÃO CABIMENTO. ART. 546, INCISO I, DO CPC; E ART. 266 DO RISTJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AOS QUAIS SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Trata-se de embargos de divergência opostos pela CAIXA SEGURADORA S/A em face de acórdão da Segunda Seção, prolatado segundo o rito do recurso especial repetitivo, que estabeleceu limites e condições para a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL intervir na qualidade de assistente simples em ações de seguro habitacional em que se discute sinistros de danos físicos nos imóveis. 2. A teor do art. 546 do Código de Processo Civil e do art. 266 do Regimento Interno do STJ, os embargos de divergência são oponíveis contra decisão prolatada em recurso especial, julgado pelas Turmas que compõem este Superior Tribunal de Justiça, ex vi do art. 13, inciso IV, do RISTJ, não pelas Seções. 3. Para a admissibilidade dos embargos de divergência, o acórdão embargado deverá ser sempre oriundo de Turma, quando houver dissidência estabelecida entre: a) Turmas da mesma Seção; b) Turmas de Seções diversas; c) Turma e outra Seção; ou d) Turma e a Corte Especial. 4. O rito estabelecido pelo art. 543-C do Código de Processo Civil pressupõe a existência de multiplicidade de recursos, com fundamento em idêntica questão de direito, e a finalidade é, justamente, uniformizar a jurisprudência irradiada pelo Superior Tribunal de Justiça, na interpretação da legislação infraconstitucional. E os julgamentos realizados nessa via de uniformização são feitos ou pelas Seções, considerando suas competências materiais, ou pela Corte Especial, quando a questão controvertida se referir a aspectos processuais que atinjam mais de uma Seção. Nesse contexto, se a questão foi resolvida no âmbito da Seção, no julgamento de recurso especial repetitivo, não cabem embargos de divergência. Precedente: AgRg no REsp 1217076/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 21/03/2012. 5. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.091.363/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2015. Publicação 16.10.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402219332&dt_publicacao=16/10/2015>. Acesso em: 25 dez. 2016).

questão não é muito tratada pela doutrina: nas pesquisas realizadas ao desenvolvimento deste trabalho, apenas Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas enfrentam o ponto e sustentam entendimento semelhante ao ora defendido, quanto ao cabimento de embargos de divergência contra acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos.¹⁰⁵²

Admite-se, no entanto, que os acórdãos proferidos em recursos selecionados como representativos da controvérsia, quando aplicada a técnica de julgamento de recursos repetitivos, sejam utilizados como paradigma – como se verifica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹⁰⁵³

¹⁰⁵² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*, p. 575.

¹⁰⁵³ Nesse sentido: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante. 2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.134.957/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 24 outubro 2016. Publicação 30.11.2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%Eancia+ac%F3rd%E3o+recurso+especial+repetitivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 23 dez. 2016).

3.3.7 Decisão monocrática: nem como objeto de recurso nem como paradigma

A disseminação das decisões monocráticas é decorrência do incremento dos poderes do relator¹⁰⁵⁴ levado a cabo na terceira etapa da reforma processual com o propósito de conferir maior celeridade.¹⁰⁵⁵ Assim, a legislação processual dá ao relator, entre outros, o poder de inadmitir, prover ou desprover recursos quando configurada alguma das hipóteses expressamente previstas no artigo 932¹⁰⁵⁶ do CPC/2015.

¹⁰⁵⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 100, p. 9-32, out/dez. 2000. p. 10-11. Diz o autor que essa ampliação “foi motivada, claro está, pela necessidade de limitar o número de recursos a serem julgados em sessão, tendo-se em vista o desmedido aumento do número de processos (fenômeno, aliás, de âmbito mundial), sem o correspondente aumento no quantitativo de magistrados” (*Idem*).

¹⁰⁵⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental*: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais, p. 66.

¹⁰⁵⁶ Assim, prevê-se que o relator está autorizado a não conhecer de recurso “inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida” (inciso III). Ainda, pode o relator negar provimento a recurso que se reputar contrário a “a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência”. Por fim, depois de oportunizado o contraditório mediante a intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões, pode dar provimento a recurso nos casos em que a decisão recorrida for contrária a “a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

Nesse contexto, inúmeros recursos são julgados monocraticamente pelo relator, que faz as vezes de órgão colegiado, imbuído dos poderes que lhe são conferidos pela legislação processual. A consequência disso é que o julgamento do recurso não se dá por acórdão (colegiado), mas sim por decisão (unilateral) – o que reverbera efeitos no âmbito processual, inclusive para fins de configuração de hipóteses de cabimento de outros meios de impugnação.

Especificamente quanto aos embargos de divergência, exsurtem duas questões: se decisão monocrática proferida pelo relator no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal enseja a interposição do recurso; e se tal decisão pode ser utilizada como paradigma, para fins de demonstração da divergência.

A discussão não é nova e já foi enfrentada reiteradas vezes. No âmbito doutrinário, Milton Luiz Pereira defendia o cabimento dos embargos de divergência contra decisão monocrática justamente em razão do incremento dos poderes do relator. Afinal, se a lei faculta ao relator decidir o mérito recursal em determinados casos – notadamente, quando há precedentes exarados no mesmo sentido ou em sentido contrário à decisão vergastada –, seu julgamento “constitui pronunciamento com a mesma força cognitiva e dispositiva de julgado concretizado pelo colegiado”¹⁰⁵⁷.

Não foi, contudo, o que prevaleceu: em ambos os tribunais, sedimentou-se a orientação quanto ao não cabimento do recurso contra decisão monocrática¹⁰⁵⁸ e quanto à

¹⁰⁵⁷ PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 778, p. 11-16, ago. 2000. p. 14.

¹⁰⁵⁸ Sobre o não cabimento de embargos de divergência contra decisão monocrática versa o julgado destacado a seguir: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. AUSÊNCIA DE ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA OU SEÇÃO DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESCABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECE DOS EMBARGOS. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos de divergência somente são cabíveis contra acórdão de Turma ou de Seção do Superior Tribunal de Justiça, não contra decisão monocrática de relator, impugnável por agravo

imprestabilidade da decisão para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial¹⁰⁵⁹.

Ao analisar a redação do artigo 1.043 do CPC/2015, vê-se que o Código é expresso ao se referir a *acórdão*, tanto para fazer menção ao recorrido (objeto do recurso) quanto ao paradigma (que se presta para demonstração do dissídio). Nesse sentido, tem-se que a interpretação da palavra *acórdão* deve ser literal, não se admitindo interpretação extensiva com vistas a contemplar, também, decisões monocráticas.

Então, a princípio, julgado o recurso especial de forma monocrática, não abriria ensejo à interposição de embargos de divergência, ainda que a decisão se encontrasse em dissonância com a orientação de outro órgão colegiado do tribunal.¹⁰⁶⁰

interno. 2. Agravo interno a que se nega provimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.418.819/MS. Relator Ministro Og Fernandes. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 24.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301901448&dt_publicacao=24/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹⁰⁵⁹ A propósito, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL. ERRO NO PREENCHIMENTO DA GRU. DIVERGÊNCIA QUE INDICA PRECEDENTE JULGADO MONOCRATICAMENTE. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de ser incabível o recurso de embargos de divergência que tenha como paradigma decisão monocrática 2. Para que se comprove a divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica à dos autos, à luz da mesma legislação federal, dando-lhes, porém, soluções distintas. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.072.281/MG. Relator Ministro Humberto Martins. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 dezembro 2015. Publicação 26.02.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801424933&dt_publicacao=26/02/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹⁰⁶⁰ Eis o que se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a teor dos arts. 1.043, caput, do CPC e 330 do RISTF, não cabem embargos de divergência contra decisão monocrática pela qual negado seguimento a agravo em recurso extraordinário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no AgRg no ARE n. 968.369. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Brasília, DF,

Eventual interposição configuraria erro grosseiro, na linha do que entende o Superior Tribunal de Justiça.¹⁰⁶¹⁻¹⁰⁶²

Justamente porque a decisão monocrática não enseja, de imediato, a interposição do recurso, deve o recorrente provocar um julgamento colegiado mediante a interposição de agravo interno.¹⁰⁶³⁻¹⁰⁶⁴ O acórdão proferido no julgamento do agravo

julgamento em 6 outubro 2016. Publicação 24.10.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11907493>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹⁰⁶¹ Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. OPOSIÇÃO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 546 DO CPC. PRECEDENTES. [...] 2. A interposição de embargos de divergência contra julgado monocraticamente proferido constitui erro grosseiro, não sendo servis ao conhecimento do mesmo alegações no sentido de que difícil a diferenciação entre decisão monocrática e acórdão de Turma” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 954.663/RS. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 junho 2010. Publicação 29.06.2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000566706&dt_publicacao=29/06/2010>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹⁰⁶² Em sentido contrário, Rodrigo da Cunha Lima Freire defende que “pode o tribunal aplicar o princípio da fungibilidade recursal, quando interposto o recurso de embargos de divergência, e não o agravo interno, de decisão monocrática de ministro-relator que negue seguimento ou resolva o mérito do recurso especial (ou do recurso extraordinário), ainda que os embargos de divergência não sejam interpostos dentro do prazo de cinco dias, previsto para o agravo interno, porquanto configurado o requisito da dúvida objetiva devido ao dissídio doutrinário quanto ao recurso cabível” (*Embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário*. No prelo, p. 83)

¹⁰⁶³ Eis o que leciona Nelson Nery Junior, no excerto reproduzido a seguir: “a decisão que desafia impugnação por intermédio de embargos de divergência deve ser *colegiada*. A decisão monocrática, proferida com base no CPC 557, não pode ser atacada pelos referidos embargos. Caso haja decisão monocrática que implique divergência, a parte deve interpor o agravo interno (CPC 557, § 1º), provocando o julgamento do colegiado para que, desse acórdão que mantiver a divergência, possa recorrer por meio dos mencionados embargos [Grifo do autor]” (Embargos de divergência e identidade entre as hipóteses confrontadas – cabimento de EDiv no juízo de admissibilidade recursal. *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 581-612,

será, este sim, recorrível por embargos de divergência, desde que adentre o mérito da controvérsia (como desenvolvido na seção 3.2.4) e desde que verificados os demais requisitos de admissibilidade.

O agravo interno, é importante destacar, poderá ser interposto por ambas as partes, conforme o interesse recursal. Assim, se o recurso especial for desprovido de forma monocrática, o recorrente poderá interpor agravo interno; no entanto, se for provido monocraticamente, o recorrido poderá lançar mão do recurso, a fim de provocar o julgamento colegiado – e, caso não obtenha êxito na reforma da decisão mediante o agravo (isto é, caso o agravo interno seja desprovido) poderá interpor embargos de divergência.

Em qualquer dos casos, interposto agravo interno, é facultado ao relator se retratar, nos termos do artigo 1.021, § 2º¹⁰⁶⁵, do CPC/2015. Explicita Pedro Miranda de Oliveira que,

set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a0000015a11256ebf24dce56&docguid=Iefbf15f0486211e4b44e01000000000&hitguid=Iefbf15f0486211e4b44e01000000000&spos=2&epos=2&td=66&context=36&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>>>. Acesso em: 5 fev. 2017).

¹⁰⁶⁴ Como bem destacado por Flávio Cheim Jorge, “em que pese a aludida equivalência das decisões do relator às da Turma julgadora em sede de recurso especial, não se pode esquecer que, sendo os embargos de divergência um recurso de estrito direito (excepcional), é imprescindível, para o seu cabimento, que sejam esgotados todos os recursos existentes à disposição das partes. Desta feita, sendo cabível o agravo interno contra a decisão do relator, deve a parte primeiramente fazer uso do mesmo e, somente após seu julgamento, contra a decisão – colegiada – que o julgou, interpor os embargos de divergência” (Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 6).

¹⁰⁶⁵ Dispõe referido parágrafo que “o agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*.

caso o relator entenda que os argumentos suscitados no agravo interno têm o condão de prosperar, pode *tornar sem efeito sua decisão* e submeter o recurso à apreciação do órgão colegiado. Caso, de plano, se convença das razões declinadas no agravo interno, pode dar provimento ao recurso de forma monocrática – decisão esta recorrível, pela parte sucumbente, por novo agravo interno.¹⁰⁶⁶ Contudo, filia-se à orientação doutrinária segundo a qual não poderá, o relator, julgar o agravo interno de forma monocrática, sob pena de subverter o objetivo intrínseco ao recurso – qual seja, provocar o pronunciamento do órgão colegiado.¹⁰⁶⁷

No que concerne à demonstração da divergência, como dito, também é inservível a decisão monocrática.¹⁰⁶⁸ Ao enfrentar

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹⁰⁶⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental*, p. 224.

¹⁰⁶⁷ Coaduna-se, assim, com a opinião de Athos Gusmão Carneiro (Poderes do relator e agravo interno. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 100, p. 9-32, out/dez. 2000. p. 21) e Flávio Cheim Jorge (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 107). A propósito, referindo-se ao agravo interno, aduz Flávio Cheim Jorge que “se a sua função, primordialmente, é permitir a formação da vontade colegiada, em prestígio ao princípio do juiz natural, não faria qualquer sentido supor que o relator o julgasse sozinho” (*Idem*).

¹⁰⁶⁸ Extraí-se do Supremo Tribunal Federal: “não se revela admissível, em sede de embargos de divergência, para demonstração do conflito jurisprudencial, a invocação de decisão monocrática proferida por Ministro do Supremo Tribunal Federal, eis que a utilização dessa modalidade recursal pressupõe a comprovação de dissenso instaurado entre as próprias Turmas ou entre qualquer destas e o Plenário da Suprema Corte. Decisão monocrática, por isso mesmo, não se reveste de parametricidade, não podendo, em consequência, ser indicada como padrão de confronto para efeito de demonstração da divergência jurisprudencial. Precedentes” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no ARE n. 853.641. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 28 maio 2015. Publicação 29.06.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773482>>. Acesso em: 2 jan. 2017). Ainda, em outra oportunidade: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no ARE n. 820247. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno.

essa questão, Nelson Nery Junior expõe opinião convergente, no sentido de que a impossibilidade de utilizar a decisão monocrática como paradigma deflui da própria dicção do artigo 1.043, que refere expressamente a *acórdão* – e não *decisão*.¹⁰⁶⁹ Da mesma forma, Manoel Caetano Ferreira Filho assenta que “a decisão paradigma (julgamento de outra turma etc.) há de ser também outro *acórdão*, não se prestando à demonstração da divergência a comparação com *decisão isolada de relator* [Grifos do autor]”.¹⁰⁷⁰ Também Eduardo Ribeiro de Oliveira assenta que, a despeito de o relator ser um órgão da turma, com base apenas em provimento singular, não se pode inferir qual é o entendimento da própria turma.¹⁰⁷¹

Vê-se, portanto, seja no âmbito jurisprudencial, seja no âmbito doutrinário, que a decisão monocrática não faculta a interposição de embargos de divergência nem pode ser invocada como paradigma com o intuito de comprovar o requisito específico de admissibilidade do recurso: a divergência jurisprudencial *interna corporis*.

3.3.8 Interposição de embargos de divergência pela via adesiva

A interposição de recurso pela via adesiva é permitida nos casos de sucumbência recíproca – isto é, quando cada um dos litigantes é em parte vencido e em parte vencedor. Trata-se de uma modalidade de interposição recursal em que uma parte

Brasília, DF, julgamento em 16 abril 2015. Publicação 11.05.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8409806>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹⁰⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 2398.

¹⁰⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 360.

¹⁰⁷¹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Embargos de divergência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 150.

decide manejar o recurso em razão do inconformismo da parte contrária.¹⁰⁷²

O artigo 997, § 2º, inciso II, do CPC/2015 contempla, em rol taxativo, as hipóteses em que se pode interpor recurso pela via adesiva. Admite-se recurso adesivo na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial, mas não nos embargos de divergência. Aliás, não são admitidos recursos adesivos que não aqueles expressamente previstos na legislação processual.

Dessa forma, cabe à parte interessada valer-se do recurso no momento processual adequado, sob pena de preclusão. Caso insista na interposição de embargos de divergência adesivos, o recurso será necessariamente inadmitido¹⁰⁷³ porque é incabível.

¹⁰⁷² MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 255. Leciona o autor que na interposição de recurso adesivo “há exercício peculiar do direito de recorrer, porquanto o vencido só se insurge contra a sentença em virtude da atitude do outro sucumbente. Não houvesse o inconformismo da parte contrária, interpondo o recurso, o recorrente adesivo permaneceria inerte, aceitando o que fora decidido” (*Idem*).

¹⁰⁷³ O tema já foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA NOS TERMOS DO ART. 255 DO RISTJ. PARADIGMA ORIUNDO DE TURMA QUE NÃO MAIS DETÉM COMPETÊNCIA PARA A MATÉRIA VERSADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 158/STJ. RECURSO ADESIVO. DESCABIMENTO. ARTIGO 500, II DO CPC. ROL TAXATIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PRINCÍPIOS DA PRECLUSÃO E DA UNIRRECORRIBILIDADE. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO PRINCIPAL IMPLICA NÃO CONHECIMENTO DO ADESIVO. ARTIGO 500, III DO CPC. AGRAVOS DESPROVIDOS. [...] III - É incabível a interposição de recurso adesivo em sede de embargos de divergência, ante a falta de previsão legal ou regimental para tanto, levando-se em consideração o rol taxativo elencado no artigo 500, II do Código de Processo Civil IV - Destaque-se, ainda, que o recurso adesivo é cabível quando há sucumbência recíproca, sendo certo que sua interposição cabe à parte que não interpôs o recurso principal. Desta forma, a interposição de embargos de divergência e de recurso adesivo por autores que litigam em conjunto em desfavor do INSS, com o mesmo procurador assinando todas as petições, comprova ser descabida a interposição de novo recurso pelas partes que demandam no mesmo

3.3.9 Interposição conjunta de embargos de divergência e recurso extraordinário contra acórdão que julgou recurso especial

Na vigência do CPC/1973, suscitava discussões a necessidade de interpor, conjuntamente, embargos de divergência e recurso extraordinário contra acórdão proferido em recurso especial, quando presentes os pressupostos para tal. O CPC/2015 resolveu a celeuma ao prever que a interposição de embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interpor recurso extraordinário.¹⁰⁷⁴ No entanto, impende abordar algumas questões que exsurtem dessa alteração promovida pelo CPC/2015, notadamente se a desnecessidade de interposição conjunta constitui um óbice ou não.

À primeira vista, defende-se que, embora o CPC/2015 traga disposição expressa quanto ao efeito interruptivo, não veda a interposição conjunta dos embargos de divergência e do recurso extraordinário.¹⁰⁷⁵ E aqui, antes de prosseguir, incumbe diferenciar duas situações: primeiro, o caso em que a dissidência jurisprudencial quanto à lei federal e a violação de cunho constitucional sejam relativas ao mesmo capítulo impugnado; segundo, o caso em que se refiram a capítulos diversos.

Na primeira situação, entende-se ser inviável a interposição conjunta de ambos os recursos, sob pena de

pólo, em virtude da preclusão e da unirrecorribilidade recursal. Com efeito, tais fatos indicam que, na verdade, caberia a interposição de um único recurso de embargos de divergência, com todos os autores litigando de forma conjugada. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 611.395/MG. Relator Ministro Gilson Dipp. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 7 junho 2006. Publicação 01.08.2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501975410&dt_publicacao=01/08/2006>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹⁰⁷⁴ Conforme dispõe o artigo 1.044, § 1º, do CPC/2015.

¹⁰⁷⁵ Em sentido contrário, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que o artigo 1.044, § 2º, “não referenda a interposição simultânea dos EmbDiv e do RE pela mesma parte, o que configuraria preclusão consumativa de um deles e ofensa ao princípio da singularidade. A ressalva do § 2º. vale apenas para o RE que, interposto antes do julgamento dos EmbDiv, venha a ser interposto pela *parte contrária*” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2402).

preclusão, como consagrado no âmbito jurisprudencial.¹⁰⁷⁶ Decorre do princípio da singularidade recursal o cabimento de um único recurso contra cada decisão – no caso, contra o acórdão proferido em sede de recurso especial – de forma que, havendo interesse recursal e presentes os demais pressupostos necessários à interposição de embargos de divergência, deve a parte limitar-se a interpô-los, relegando eventual recurso extraordinário a momento posterior. Nesse caso, portanto, a regra insculpida no CPC/2015 incide de forma cogente, impedindo a interposição simultânea de embargos de divergência e recurso extraordinário pela mesma parte. Até porque, pode ser que o resultado do julgamento dos embargos de divergência fulmine o interesse recursal para interposição de recurso extraordinário pelo prisma da utilidade.

O mesmo não ocorre na segunda situação, em que os embargos de divergência e o recurso extraordinário se prestariam à impugnação de capítulos diversos da decisão. Entende-se que, nesse caso, é viável a interposição conjunta, justamente porque ambos os recursos se destinam a impugnar capítulos diversos da decisão: enquanto os embargos de divergência se voltam à

¹⁰⁷⁶ Impende destacar acórdão do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 1. A interposição simultânea de recurso extraordinário e de embargos de divergência, pela mesma parte e contra a mesma decisão, impede o conhecimento do segundo recurso, em virtude não somente do princípio da unirrecorribilidade, o qual preceitua que, para cada decisão será interposto apenas um recurso, mas também em consequência da preclusão consumativa. 2. No caso concreto, a interposição de recurso extraordinário (fls. 969/992) e de embargos de divergência (fls. 994/1.027) contra o acórdão proferido no REsp n. 303.546/MT, Relator Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, impede o conhecimento do segundo recurso. 3. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 303.546/MT. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 25 setembro 2013. Publicação 01.10.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300643511&dt_publicacao=01/10/2013>. Acesso em: 27 dez. 2016).

discussão da interpretação que deve prevalecer, acerca da questão federal suscitada; o recurso extraordinário cinge-se à questão constitucional versada na lide.

Não há, contudo, uma obrigatoriedade, na medida em que o artigo 1.044, § 1º, do CPC/2015, é expresso ao prever que os embargos de divergência interpostos no Superior Tribunal de Justiça interrompem o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes. Assim, ainda que os embargos de divergência impugnem apenas parcela da decisão, o efeito interruptivo não se restringe ao capítulo impugnado, a exemplo do que ocorre no caso de oposição de embargos de declaração.

Caso o recorrente opte pela interposição conjunta de ambos os recursos, dirigidos à impugnação de diferentes capítulos do acórdão recorrido, haverá relação de prejudicialidade a impedir a análise simultânea. Dessa forma, primeiro os autos permanecerão no Superior Tribunal de Justiça, para julgamento dos embargos de divergência, e, em seguida, serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário – exatamente como ocorre nas hipóteses de interposição conjunta do recurso especial e extraordinário (artigo 1.031, *caput* e § 1º¹⁰⁷⁷, do CPC/2015).

Conclui-se, portanto, que o CPC/2015 pôs fim à controvérsia prevendo, expressamente, o efeito interruptivo dos embargos de divergência. Trata-se de medida consonante à economia processual,¹⁰⁷⁸ considerando que a desnecessidade de interposição conjunta, por força do efeito interruptivo, autoriza que a parte interponha um único recurso extraordinário,

¹⁰⁷⁷ Dispõe o artigo 1.031, do CPC/2015 que “na hipótese de interposição conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. § 1º Concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹⁰⁷⁸ De forma semelhante, Pedro Miranda de Oliveira afirma que a regra insculpida no CPC/2015 “tem o objetivo de facilitar o trâmite recursal, simplificando o procedimento” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 342).

contemplando tanto a matéria exsurgida no julgamento do recurso especial, quanto aquela versada no acórdão proferido em sede de embargos de divergência. Evita-se, dessa forma, o manejo de dois recursos extraordinários.

Expostas as principais questões controversas concernentes aos embargos de divergência, insta abordar, na seção seguinte, aspectos relativos à divergência que enseja a interposição do recurso e suas características.

3.4 A “DIVERGÊNCIA” QUE ENSEJA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Como exposto anteriormente, o escopo dos embargos de divergência é tutelar o direito objetivo, eliminando a divergência que se verifica no âmbito dos tribunais superiores, entre os órgãos colegiados que os compõem.¹⁰⁷⁹ A divergência, portanto, é *pressuposto específico*¹⁰⁸⁰ do recurso ora em estudo; mas não é qualquer divergência hábil a ensejar sua interposição: a divergência deve ser *qualificada*, conforme as características expostas a seguir.

3.4.1 Divergência de cunho material ou processual

A divergência que enseja a interposição dos embargos de divergência pode ser de cunho material ou processual.¹⁰⁸¹ Em

¹⁰⁷⁹ Como observa Yuri Guerzet Teixeira, “pouco importa a divergência *interna corporis* (da turma), sendo relevante apenas a *tout courti* (entre órgãos do tribunal superior) [Grifos do autor]” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 201. p. 322).

¹⁰⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 539 a 565, p. 194.

¹⁰⁸¹ Conforme prevê o artigo 1.043, § 2º, do CPC/2015, “a divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016). Da mesma forma, prevê o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça em

outros termos, a dissonância de interpretação verificada entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma pode referir-se tanto a lei material quanto a lei processual.

Então, independentemente da natureza do dissídio endógeno à corte superior, o que importa, em última análise, é eliminá-lo, com vistas à unidade do direito federal e à garantia de segurança jurídica. Trata-se de previsão que privilegia o propósito subjacente aos embargos de divergência e viabiliza o exercício da função precípua dos tribunais superiores: a uniformidade interpretativa do direito, seja qual for a sua natureza (material ou processual).¹⁰⁸²

No que concerne à divergência relativa ao direito processual, ponderam Teresa Arruda Alvim Wambier *et. al.* que, nessa seara, “as posições adotadas no STJ é que devem prevalecer, mesmo no julgamento de embargos de divergência manejado perante o STF”, por competir àquele tribunal a incumbência de uniformizar questões de direito federal.¹⁰⁸³

Outro ponto que merece especial atenção é o seguinte: não se pode confundir a divergência concernente a questão de direito processual (que enseja a interposição de embargos de divergência) com a divergência concernente a juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário (que não

seu artigo 266, § 2º: “a divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹⁰⁸² Como afirma Pedro Miranda de Oliveira, o mérito dos embargos de divergência compreenderá, em última análise, a extirpação da controvérsia entre acórdãos dos órgãos fracionários a respeito do direito debatido, seja qual for a sua natureza. A regra leva em consideração a finalidade maior dos embargos de divergência, qual seja, dar a última palavra sobre a aplicação do direito federal. Por outro lado, permite o arejamento da jurisprudência nos Tribunais Superiores” (Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1545).

¹⁰⁸³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1696.

constitui hipótese de cabimento do recurso, dada a revogação do artigo 1.043, inciso II, pela Lei n. 13.256/2016).¹⁰⁸⁴ Embora haja entendimento em sentido contrário¹⁰⁸⁵, entende-se inviável, à luz do previsto na legislação processual, a interposição de embargos de divergência com fulcro em dissidência relativa ao juízo de admissibilidade.

3.4.2 Necessária similitude fática entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma

A constatação da divergência pressupõe, necessariamente, que haja similitude fática entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma. Embora os embargos de divergência sejam recurso de estrito direito, é da semelhança entre as circunstâncias fáticas¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸⁴ Como visto na seção 3.3.1 deste trabalho.

¹⁰⁸⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1695-1696. Aduzem os autores que a despeito de a Lei n. 13.256/2016 ter revogado o inciso II do artigo 1.043, a interposição de embargos de divergência quando ambos os acórdãos, embargado e paradigma, forem relativos ao juízo de admissibilidade é possível pela previsão insculpida no § 2º. É que “a nova lei revogou o inc. II, mas manteve o § 2º. Teria realmente a norma do inc. II desaparecido? A nosso ver, não. O inciso revogado admitia expressamente que se interpusessem embargos de divergência quando esta se revelasse no juízo de admissibilidade. Mas além de não existir dispositivo que proíba o uso do recurso nesta hipótese, esta possibilidade é, ainda, reforçada pelo § 2º, que não foi revogado: divergências de direito material e de direito processual autorizam o uso do recurso!” (*Idem*).

¹⁰⁸⁶ Oportuno, nesse ponto, citar lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quanto à função nomofilática: “a função nomofilática opera, como se sabe, por meio de um método comparativo das decisões postas em confronto, que exige a semelhança dos contornos fáticos da causa e a dessemelhança da solução jurídica, de modo a exigir do tribunal de revisão, no exercício de sua alta tarefa, um pronunciamento que escoime a divergência” (Embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça. Conceito e semelhança. O que interessa é o fato jurídico nuclear, desimportando diferenças irrelevantes do ponto de vista jurídico. Exame lógico do problema. Admissibilidade do recurso interposto à luz dos princípios que regem a matéria. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 131, p. 165-172, jan. 2006. p. 166-167).

do acórdão recorrido e daquele invocado como paradigma que se extrai a divergência indispensável à sua interposição. Em outros termos, é o fato de haver duas situações símiles, com tratamentos jurídicos diferentes conferidos por órgãos fracionários do mesmo tribunal, que enseja a atuação da corte superior com vistas à eliminação da divergência¹⁰⁸⁷.

Assim, incumbe ao embargante demonstrar que, a despeito da proximidade das circunstâncias fáticas verificáveis em ambos os casos, suas soluções jurídicas foram diversas, embora emanadas pelo mesmo tribunal superior.¹⁰⁸⁸ Tal similitude, no

¹⁰⁸⁷ Caso contrário, o seguimento do recurso será obstado, como se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a ausência de similitude fática e jurídica entre o acórdão embargado e os paradigmas de divergência invocados, bem como a deficiência do cotejo analítico obstam o seguimento do recurso de embargos de divergência” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR nos EDiv no AgRg no AI n. 840.355. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 17 março 2016. Publicação 18.05.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10973956>>. Acesso em: 2 jan. 2017). Ainda, em outra oportunidade, consignou-se que “mostram-se incabíveis embargos de divergência quando não há diversidade de interpretação de uma mesma norma constitucional. [...]. Conclusões diversas, decorrentes de premissas não coincidentes sobre fatos ou normas infraconstitucionais, a tanto não se prestam. Tampouco decisões que enfrentam o mérito do apelo podem ser contrapostas àquelas que desse não conhecem” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no AI n. 490.399. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 13 junho 2012. Publicação 01.08.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2305689>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹⁰⁸⁸ Com acerto aduz Sandro Marcelo Kozikoski que “compete ao embargante o dever de evidenciar de maneira analítica e objetiva as circunstâncias que denotam a identidade fática e a discrepância de soluções jurídicas presentes no acórdão embargado e paradigma. O dissídio deve ser demonstrado a partir de outro pronunciamento do *próprio* tribunal, não sendo razoável suscitá-lo com a indicação de julgado de *outro* órgão jurisdicional. A finalidade dos embargos de divergência é resolver e uniformizar o dissenso estabelecido internamente no Tribunal Superior (portanto, *intra muros*). A demonstração da divergência exige reprodução de trechos das decisões, com a menção a circunstâncias que tornem assemelhados os julgados

entanto, não precisa ser absoluta, inclusive porque há fatos que não influenciam o deslinde da controvérsia – isto é, não são considerados relevantes.¹⁰⁸⁹

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a existência de diferenças pontuais entre os acórdãos não impede a admissibilidade dos embargos de divergência, se a questão nuclear foi abordada pelos julgados confrontados”.¹⁰⁹⁰ Nesse sentido, fala-se na exigência de haver *identidade jurídica estrutural*¹⁰⁹¹, sendo necessário, diante de uma diferença, verificar se “é ‘essencial’ (English, ob. E loc. Cit.), ‘importante’ (Larenz) ou ‘relevante’ (Henke)”.¹⁰⁹²

confrontados [Grifos do autor]” (*Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 275-276).

¹⁰⁸⁹ Percuciente a observação de Antonio Castanheira Neves acerca da relevância ou irrelevância dos fatos. Diz o autor que “a variação de quaisquer factos da situação não implica sem mais a diversidade de problemas, posto que, evidentemente, essa variação pode apenas referir-se a factos problematicamente irrelevantes ou não afectar o âmbito de relevância específico do problema a resolver” (*O instituto jurídico dos assentos e a função dos supremos tribunais*, p. 50-51).

¹⁰⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 525.796/RS. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 25 outubro 2006. Publicação 19.03.2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=525796&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 18 dez. 2016. Em outra ocasião, versou o Tribunal Superior que “O argumento proferido em obiter dictum sobre o mérito no acórdão embargado, por ser apenas reforço de argumentação, não tem o condão de caracterizar a divergência jurisprudencial. Precedentes da Corte Especial” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAREsp n. 566.164/GO. Relator Ministro Jorge Mussi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 setembro 2015. Publicação 05.10.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403158393&dt_publicacao=05/10/2015>. Acesso em: 4 jan. 2017).

¹⁰⁹¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1697.

¹⁰⁹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça. Conceito e semelhança. O que interessa é o fato jurídico nuclear, desimportando diferenças irrelevantes do ponto de vista jurídico. Exame lógico do problema. Admissibilidade do recurso interposto à luz dos princípios

A exigência de similitude fática só é excepcionada quando a divergência invocada for de cunho processual. Nesses casos, os fatos concernentes à causa em si são irrelevantes e o que importa é a dissidência entre as interpretações conferidas à lei processual.¹⁰⁹³ A despeito disso, verifica-se confusão na jurisprudência que, por vezes, inadmite ou mesmo rejeita embargos de divergência sob o argumento de ausência de similitude fática, quando a controvérsia se erige sobre direito processual.¹⁰⁹⁴

que regem a matéria. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 131, p. 165-172, jan. 2006. p. 168.

¹⁰⁹³ Eis o que consigna Pedro Miranda de Oliveira: “em relação à exigência de similitude fática, há uma exceção. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual ‘não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso’ [Grifo do autor]” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 339).

¹⁰⁹⁴ É o que se verifica no acórdão a seguir: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CASUÍSMO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. REGRA TÉCNICA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. É inviável a interposição de embargos de divergência relativo à interpretação do art. 535 do CPC/1973, porque é necessário o exame das peculiaridades fáticas de cada caso, o que, inevitavelmente, impede a comprovação da semelhança fática entre os arestos postos em confronto. Precedente: AgRg nos EAgr n. 1.183.842/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe de 21/9/2015). 3. Não cabem embargos de divergência para discutir a correta aplicação de regra técnica concernente ao juízo de admissibilidade do recurso especial, no caso, a aplicação da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt nos EREsp n. 1.473.968/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe de 30/8/2016; AgInt nos EAREsp n. 677.615/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, DJe de 30/8/2016; AgInt nos EREsp n. 1.423.624/SC, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO, Primeira Seção, DJe de 17/8/2016; AgInt nos EREsp n. 1.372.177/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 12/9/2016. 4. Agravo interno não provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.543.857/DF. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em:

3.4.3 Contornos semânticos da “divergência atual”

Exige-se, ainda, que a divergência seja atual, a fim de que exprima o posicionamento recente exarado pelo órgão fracionário do tribunal superior – afinal, “divergência ultrapassada não é mais divergência”.¹⁰⁹⁵ Cabe perscrutar, portanto, no que consiste essa atualidade: se haveria uma delimitação temporal para aferir se a divergência é ou não atual, ou se sua aferição depende do caso concreto.

Na realidade, os contornos semânticos da “divergência atual” não são bem definidos. Diferencia-se o entendimento atual em contraponto àquele que já tenha sido superado pelo órgão fracionário. Assim, não cumprirá o requisito da atualidade a orientação consubstanciada em acórdão que já não reflita o entendimento da turma, ou da seção, acerca da questão de direito¹⁰⁹⁶ (o que se poderá constatar por outro acórdão,

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501747023&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016).

¹⁰⁹⁵ TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 324.

¹⁰⁹⁶ Assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de agravo interno em embargos de divergência, em 26/10/2016: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES COM EMBALAGENS PERSONALIZADAS. READEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA CORTE AO CONSOLIDADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4389-MC. SÚMULA 168/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Inexiste atualmente controvérsia de entendimento entre as Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte no que se refere à incidência de ICMS/ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens destinadas à subsequente utilização em processo de industrialização ou posterior circulação de mercadoria, uma vez que ambas readequaram seu posicionamento ao que ficou consolidado pelo STF no julgamento da ADI 4389-MC. 2. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula 168/STJ). [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.050.643/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira

superveniente àquele invocado como paradigma, que consubstancie diferente orientação).¹⁰⁹⁷

Da mesma forma, a divergência não será atual se a jurisprudência do respectivo tribunal firmar-se no mesmo sentido¹⁰⁹⁸ do acórdão recorrido¹⁰⁹⁹⁻¹¹⁰⁰ – conforme restou

Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800860625&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016).

¹⁰⁹⁷ De forma precisa, Pedro Miranda de Oliveira pontua que “o importante é que o acórdão paradigma encerre entendimento ainda predominante. Portanto, não será pertinente a inovação de acórdão proferido há muito tempo e que na atualidade não mais represente a orientação do próprio órgão do STF que o proferiu” (Embargos de divergência no recurso extraordinário e sua importância no sistema jurídico brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 374).

¹⁰⁹⁸ Por exemplo, por força do julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo pelo órgão colegiado que seria competente para apreciar os embargos de divergência.

¹⁰⁹⁹ Nesse sentido, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RENÚNCIA AO DIREITO OU DESISTÊNCIA DA AÇÃO. LEI N. 11.941/2009. CABIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REPETITIVO. DIVERGÊNCIA SUPERADA. SÚMULA N. 168/STJ. [...] 2. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula n. 168/STJ). 3. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.494.036/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 18 dezembro 2015. Publicação 02.02.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402704486&dt_publicacao=02/02/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹¹⁰⁰ Da mesma forma, é assente no Supremo Tribunal Federal que são “inadmissíveis os embargos de divergência opostos em face de acórdão alinhado ao posicionamento do Plenário desta Suprema Corte” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no RE n. 649.112. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26.03.2015. Publicação 22.04.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8266555>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

sedimentado nos enunciados de Súmula n. 168¹¹⁰¹ do STJ e 247¹¹⁰² do STF, e conforme previsto no artigo 332¹¹⁰³ do RISTF. Ressalte-se que esse óbice também recai sobre o recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula n. 83 do STJ.

A essa altura, há que se fazer uma ressalva: pelos termos da lei, a divergência deve ser comprovada no ato de interposição dos embargos de divergência, do que se extrai que a atualidade tem por marco temporal justamente a data em que o recurso foi interposto. Ocorre que o entendimento sufragado pelos tribunais superiores, nas súmulas acima referenciadas, denota o contrário, por se referir a alterações jurisprudenciais supervenientes à interposição do recurso que fulminam sua hipótese de cabimento. Isso leva à seguinte conclusão: para os tribunais, não basta que a divergência seja atual quando interposto o recurso, mas que assim permaneça até que haja seu julgamento – sob pena de o pressuposto recursal não ser preenchido e, por derradeiro, os embargos não serem admitidos.

Entende-se ser essa orientação equivocada sob vários ângulos. Primeiro, porque não se pode falar que “não cabem embargos” por força de alteração jurisprudencial posterior à

¹¹⁰¹ Diz o enunciado que “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 168*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='168'>>.

Acesso em: 12 jan. 2016).

¹¹⁰² Nos termos do enunciado de Súmula n. 247, “o relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 19.2.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 247*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sUmula=2363>>. Acesso em: 3 dez. 2016).

¹¹⁰³ Prevê o artigo que “não cabem embargos, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, salvo o disposto no art. 103” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

interposição do recurso; ora, o cabimento remonta à data de interposição do recurso (e não à data em que foram analisados os pressupostos recursais). Segundo, porque entender que a admissão do recurso está condicionada à manutenção do *status quo* existente à época da interposição é o mesmo que relegar o jurisdicionado a situação de total insegurança, pois a qualquer momento, sua insurgência recursal poderá ser fulminada, embora preenchesse todos os requisitos essenciais à análise do recurso na época da interposição.

Assim, nos casos em que a jurisprudência se firmar no sentido do acórdão recorrido, defende-se que os embargos deveriam ser inadmitidos por perda superveniente do interesse recursal (e não por ausência de comprovação da divergência, que de fato existia à época da interposição do recurso). Agora, situação diversa ocorre se a jurisprudência consagrar tese diferente daquelas confrontadas nos embargos de divergência. Nesses casos, reputa-se inadequado inadmitir o recurso em função da superação do dissídio. Mais acertado seria admitir os embargos (justamente porque a divergência se verificava à época de sua interposição) e aplicar o novo entendimento do tribunal, (independente de ser favorável ou não ao recorrente)¹¹⁰⁴, considerando o escopo precípua dos embargos de divergência no direito brasileiro (como desenvolvido, com mais vagar, na seção 3.6.11).

3.4.4 Demonstração da divergência: cotejo analítico entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma

Afora as características acima, a demonstração da divergência requer providências específicas, notadamente, um cotejo analítico entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma, que exponha claramente os pontos de aproximação entre os fatos e o distanciamento quanto à solução jurídica dada em um e em outro caso.¹¹⁰⁵

¹¹⁰⁴ Nesse ponto, discorda-se de Nelson Monteiro Neto (Embargos de divergência em recurso especial: fixação de tese jurídica não coincidente com as confrontadas na petição de interposição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 381, p. 505-510, 2005.

¹¹⁰⁵ É o que se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a jurisprudência desta Suprema Corte assentou a necessidade de

Rodolfo de Camargo Mancuso, a propósito, comenta que “o núcleo comum, que identifica os recursos fundados em divergência jurisprudencial, reside num pressuposto específico de admissibilidade, qual seja o ônus da cabal demonstração do afirmado dissenso”.¹¹⁰⁶ Então, não pode o recorrente limitar-se a afirmar que ambos os acórdãos foram proferidos diante de casos semelhantes, que exigiriam a mesma solução jurídica. Também não basta confrontar as ementas dos dois acórdãos¹¹⁰⁷ a fim de demonstrar a dissidência¹¹⁰⁸. Mais do que isso, deve o recorrente

demonstração objetiva do alegado dissídio jurisprudencial mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e o ato embargado” (BRASIL Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no AI n. 798.128. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 5 março 2015. Publicação 23.03.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8058052>>. Acesso em: 2 jan. 2017). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no AI n. 766.634. Relator Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 27 fevereiro 2014. Publicação 24.03.2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5494853>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

¹¹⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 259.

¹¹⁰⁷ Ao versar sobre a demonstração da divergência, Pedro Miranda de Oliveira consigna que “para isso, a simples transcrição das respectivas ementas dos julgados confrontados é insuficiente. É imprescindível para a caracterização da divergência autorizadora da admissibilidade do recurso a transcrição dos trechos dos acórdãos paradigmas que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas, perfectibilizando-se o cotejo analítico” (Embargos de divergência no recurso extraordinário e sua importância no sistema jurídico brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 375).

¹¹⁰⁸ Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “paradigmas apontados apenas por suas ementas desatendem às exigências do Regimento Interno do STF” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no RE n. 263.421. Relator Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 3 abril 2002. Publicação 14.06.2002. Disponível em:

realizar um cotejo analítico¹¹⁰⁹ entre ambos os julgados, confrontando os fatos relevantes¹¹¹⁰ e o deslinde jurídico que lhes foi dado no acórdão embargado e no acórdão paradigma¹¹¹¹.

Recomenda-se, assim, que o recorrente faça um quadro comparativo para expor, de um lado, as circunstâncias fáticas consideradas no acórdão recorrido e a interpretação que lhes foi dada à luz do ordenamento jurídico; de outro, o deslinde dado a caso semelhante, pelo acórdão paradigma. A providência se presta a derruir quaisquer dúvidas quanto à comparação (isto é, quanto ao cotejo) entre ambos os acórdãos divergentes. Até porque, caso não demonstrada a divergência mediante o referido cotejo, o recurso sequer pode ser admitido na medida em que

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39603>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹¹⁰⁹ Como afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “é estritamente necessário que se proceda à indicação expressa da divergência, mediante a comparação dos dois acórdãos, sendo também necessário que se proceda à identificação fática ou demonstração de similitude de fatos, que justifica a comparação entre os dois arestos. É o que se convencionou chamar de *confronto* ou *cotejo analítico* entre o paradigma e o acórdão embargado” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2398).

¹¹¹⁰ De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “a utilização adequada dos embargos de divergência impõe ao recorrente o dever de demonstrar, de maneira objetiva e analítica, o dissídio interpretativo alegado, reproduzindo, para efeito de sua caracterização, os trechos que configuram a divergência indicada e mencionando, ainda, as circunstâncias que identificam ou tornam assemelhados os casos em confronto. O desatendimento desse dever processual legítima o indeferimento liminar da petição recursal ou justifica, quando já admitidos, o não-conhecimento dos embargos de divergência” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no RE n. 111.582. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 25 agosto 1994. Publicação 27.10.1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39413>>. Acesso em: 3 jan. 2017).

¹¹¹¹ Nas palavras de Manoel Caetano Ferreira Filho, “incumbe ao embargante comparar os casos confrontados e demonstrar que, apreciando a mesma questão jurídica, deram-lhe, contudo, soluções divergentes” (*Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento*, arts. 496 a 565, p. 362).

inobservado um de seus requisitos específicos de admissibilidade (como tratado na seção 3.1.2.3).

Além do cotejo analítico, incumbe ao recorrente comprovar a divergência mediante a juntada de certidão, a citação do repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, ou mesmo a juntada do próprio acórdão divergente, nos termos dos artigos 1.043, § 4º¹¹¹², do CPC/2015, 266, § 4º, do RISTJ, 331 do RISTF e conforme o enunciado de Súmula n. 290¹¹¹³ do STF. Caso assim não proceda, o recurso não pode ser admitido, por lhe faltar requisito essencial (qual seja, elemento concernente à regularidade formal).¹¹¹⁴ Todavia, concorda-se que a ausência de

¹¹¹² Prevê o artigo 1.043, § 4º, que “o recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, em que foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na internet, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹¹¹³ Diz o enunciado de Súmula n. 290, do STF, que “nos embargos da lei 623, de 19/2/1949, a prova de divergência far-se-á por certidão, ou mediante indicação do “diário da justiça” ou de repertório de jurisprudência autorizado, que a tenha publicado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 290*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumulula=2553>>. Acesso em: 12 jan. 2016).

¹¹¹⁴ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. [...]. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. 1. A divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 266, § 1º, c/c o artigo 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta com a transcrição dos trechos dos julgados que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Assim, se não realizado o cotejo analítico ou se ausente a similitude de base fática entre os arestos comparados, não há como se caracterizar a divergência jurisprudencial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 672.620/RJ. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016).

juntada do acórdão paradigma constitui vício formal não grave, como sustenta Pedro Miranda de Oliveira, de forma que poderá o relator desconsiderá-lo ou determinar sua correção (artigo 1.029, § 3º, do CPC/2015).

Importante ressaltar que, ao interpor embargos de divergência contra acórdão proferido em sede de recurso especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea ‘c’, da Constituição Federal, não pode o recorrente invocar, para fins de demonstração do dissídio, os mesmos paradigmas já repelidos como não dissidentes por ocasião do julgamento do recurso especial¹¹¹⁵. Até

Publicação 03.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500473130&dt_publicacao=03/11/2016>. Acesso em: 21 nov. 2016). Em outra oportunidade, assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. [...] AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. [...] 2. In casu, não foi realizado de maneira adequada o necessário cotejo analítico, eis que o embargante limitou-se a evidenciar a responsabilização subjetiva por erro judiciário sem demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Ademais, como é possível verificar dos julgados paradigmas, não há identidade entre esses e o contexto fático apresentado na hipótese em análise. 3. Agravo interno não provido”. No corpo do acórdão, o ministro relator pontuou que “não foi realizado de maneira adequada o necessário cotejo analítico, eis que o embargante limitou-se a evidenciar a responsabilização subjetiva por erro judiciário, mas sem demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 837.476/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503274055&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em 20 nov. 2016).

¹¹¹⁵ Extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SÚMULA 598 DO STF. INCIDÊNCIA. ÚNICO PARADIGMA INDICADO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL E DO DISSENSO PRETORIANO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Extrai-se dos autos que o mesmo precedente foi indicado solitariamente nas razões do especial e dos embargos de divergência. 2. Aplicação por analogia, na hipótese, da Súmula 598/STF, que preconiza: Nos embargos de divergência não

porque, como aduz Sergio Seiji Shimura, o propósito subjacente aos embargos de divergência não é revolver o que foi discutido no recurso especial ou extraordinário – em outros termos, o recurso não deve ter “caráter infringente do julgado atacado”.^{1116,1117} Esse entendimento deu origem ao enunciado de Súmula n. 598 do STF, segundo o qual “nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la, mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário”.¹¹¹⁸

servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário. Precedentes. 3. Agravo improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.408.845/SP. Relator Ministro Jorge Mussi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 25.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401339720&dt_publicacao=25/11/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016).

¹¹¹⁶ SHIMURA, Sergio Seiji. Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 421.

¹¹¹⁷ Em sentido contrário, Rafael de Oliveira Guimarães e Henrique Cavalheiro Ricci defendem que “não é pelo fato de um acórdão ter sido citado como paradigma no recurso excepcional que este não poderá ser utilizado como paradigma no recurso de embargos de divergência. Se o objetivo do recurso é evitar a discrepância jurisprudencial, essa continuará a existir, e não poderá a parte ser impedida de saná-la sob pena de dupla instância em recurso excepcional. A divergência jurisprudencial no Tribunal Superior surgiu no julgamento do recurso excepcional, e com o recurso de embargos de divergência esta deve ser sanada” (Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, Fórum, v. 21, n. 84, p. 121-154, out/dez. 2013. p. 145).

¹¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 598*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sUmula=2799>>. Acesso em: 12 jan. 2016. Importante destacar que a Súmula n. 598 foi editada na época em que o Supremo Tribunal Federal concentrava, além da competência constitucional, a federal, atribuída ao Superior Tribunal de Justiça criado pela Constituição Federal de 1988. Assim, pertinente o ensinamento de Nelson Nery Junior sobre o assunto: “o aludido STF 598 foi editado em 1977, na vigência do regime constitucional anterior, quando ainda competia ao Supremo, mediante o Recurso Extraordinário, o exame de divergências jurisprudenciais (CF

Com o advento da Constituição Federal de 1988, vale lembrar, o recurso extraordinário passou a ser interponível apenas nas hipóteses previstas no artigo 102, inciso III – sem fazer menção a hipótese que pressuponha divergência jurisprudencial –, e a Súmula n. 598 do STF perdeu aplicabilidade no âmbito do próprio tribunal que a editou.¹¹¹⁹

Cabe destacar, ainda, que o acórdão invocado como paradigma deve, necessariamente, ser oriundo do mesmo tribunal que proferiu o acórdão recorrido – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – tendo em vista que “os embargos de divergência possuem a função de afastar a dispersão jurisprudencial interna dos tribunais de vértice”, na dicção de Alexandre Reis Siqueira Freire.¹¹²⁰

Diante do exposto, fica claro que a demonstração da divergência, nos termos previstos em lei, é essencial à admissão do recurso, sob pena de não restar demonstrada a regularidade formal.

Porém, é importante discutir ainda se essa inadmissão opera de plano – isto é, ausente o cotejo, pode o relator inadmitir o recurso de imediato ou se trata de vício sanável –, hipótese em que o relator deveria oportunizar prazo para corrigir o vício e, só após, constatada a inércia do recorrente, inadmitir o recurso. Embora alguns autores sustentem de forma contrária, acredita-se não se tratar de vício sanável e, por consectário, a inadmissão se operaria de plano. O cotejo analítico, assim como a fundamentação, é a essência dos embargos de divergência, de

(LGL\1988\3)/1967 119 III *d*). O propósito da referida Súmula era obstaculizar que se invocasse nos embargos de divergência o mesmo acórdão anteriormente invocado como precedente divergente em recurso extraordinário *fundado em divergência jurisprudencial* (CF (LGL\1988\3)/1967 119 III *d*), e que já fora repelido no julgamento do RE [Grifos do autor]” (Embargos de divergência – REsp. In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4. (Coleção Soluções Práticas de Direito). p. 984-985).

¹¹¹⁹ ABDO, Helena Najjar. Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 237.

¹¹²⁰ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2612-2613.

forma que não se pode reputar a sua ausência um vício escusável, possível de ser sanado pelo recorrente. Admitir a possibilidade de correção da ausência de cotejo, mesmo constituindo requisito essencial à interposição de embargos de divergência, significa colocar o recorrente em situação de vantagem, gerando um desequilíbrio na relação processual. Em virtude disso, considera-se inaplicável o artigo 932, parágrafo único, do CPC/2015, nesses casos.

3.4.5 Divergência notória e confronto de ementas

Embora a regra seja a elaboração do cotejo analítico, excepcionalmente a jurisprudência admite que o cotejo seja feito tão somente com o confronto das ementas dos julgados, desde que a controvérsia esteja contemplada nessa parte dos acórdãos¹¹²¹ – com o que concorda parcela da doutrina, a exemplo de José Miguel Garcia Medina.¹¹²²

A despeito dessa orientação, entende-se ser inviável extrair da ementa (cujo conteúdo é limitado) todas as circunstâncias que aproximam os casos confrontados, a ponto de expor a incongruência de terem recebido tratamento jurídico diverso. Até porque, reiteradas vezes, as ementas não refletem, de forma fidedigna, o conteúdo do acórdão; imaginem-se, a partir daí, os equívocos que poderiam ocorrer, envolvendo admissão de embargos de divergência inadmissíveis pela ausência de divergência.

Fato é que, manter dois pesos e duas medidas no que concerne à demonstração da divergência não é a solução para o problema do cotejo dos acórdãos, como mencionado. Mais

¹¹²¹ Comenta Yuri Guezert Teixeira que “a mera transcrição de ementas, em regra, não é apta à demonstração do descompasso jurisprudencial, haja vista não ser capaz de irrefutavelmente demonstrar a adoção de teses jurídicas diametralmente opostas entre si (inconciliáveis), acerca do mesmo ponto. Não obstante, excepcionalmente, a simples transcrição de ementas será suficiente se toda a controvérsia constar, minuciosamente, nesta parte do julgado” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 325).

¹¹²² MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, p. 1583.

acertado seria exigir, de igual forma, a comparação integral dos casos em confronto, ainda que da ementa já se possam extrair indícios da dissidência jurisprudencial. Sob o ponto de vista do recorrente, entende-se que, por cautela, deve apresentar o cotejo analítico, ainda que a divergência seja aferível de plano. Assim, independentemente de o tribunal reputar notória a divergência ou não¹¹²³, a parte recorrente terá seu recurso admitido, caso contrário, correrá o risco de os embargos de divergência não serem conhecidos pela ausência do referido cotejo¹¹²⁴ – situação que, indiscutivelmente, põe em xeque a segurança jurídica.

¹¹²³ Quanto à inaplicação da tese da divergência notória, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: “a tese da divergência notória não pode ser aplicada quando se verifica a ausência de similitude fática dos acórdãos recorrido e paradigmas, notadamente porque a referida tese serve para justificar a falta de realização do confronto analítico e não a ausência de identidade fática das hipóteses” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAg n. 8 RJ 2004/0154847-5. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 9 setembro 2009. Publicação 18.09.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401548475&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 3 jan. 2017).

¹¹²⁴ Vasta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. A título de exemplo, cita-se o acórdão da Corte Especial assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DIVERGÊNCIA NOTÓRIA INEXISTENTE. DISSENSO INTERPRETATIVO NÃO CARACTERIZADO. 1. O dissídio jurisprudencial deve ser demonstrado conforme preceituado nos arts. 266, § 1º, e 255, § 2º, c/c o art. 546, parágrafo único, do CPC, mediante o cotejo analítico dos arestos, demonstrando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. 2. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do Tribunal, não se apresentando como novo recurso ordinário nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido quando do julgamento do apelo especial. 3. Agravo regimental improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.203.498/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 23 abril 2012. Publicação 09.05.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%Eancia+diverg%Eancia+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=50>>. Acesso em: 19 dez. 2016). Em outra

Em qualquer caso, é importante destacar que a alegação de divergência notória não exige o recorrente de demonstrar, minimamente, a dissidência jurisprudencial.¹¹²⁵ Como reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, “a alegação da suposta notoriedade não dispensa a demonstração mínima da ocorrência de divergência entre os arestos

oportunidade, versou a Corte Especial: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO NOTÓRIO NÃO COMPROVADA. 1. Para que sejam admitidos os embargos de divergência, o recorrente deve demonstrar analiticamente o dissídio pretoriano, por meio da transcrição de trechos dos acórdãos paradigma e recorrido. 2. A alegativa de notoriedade do dissídio apenas dispensa a realização do cotejo analítico quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática, o que não ocorreu na espécie. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAg n. 1328641/RJ. Relator Ministro Castro Meira. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2011. Publicação 14.10.2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%EAnCIA+diverg%EAnCIA+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=56>>. Acesso em: 19 dez. 2016).

¹¹²⁵ Eis o que foi salientado no julgamento do acórdão a seguir: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CABIMENTO. ART. 266 DO RISTJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA NOS TERMOS DO ART. 255 DO RSTJ. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...]. II - Consoante entendimento desta Corte, a alegação da suposta notoriedade não dispensa a demonstração mínima da ocorrência de divergência entre os arestos confrontados, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes. III - Agravo interno desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 909.177/MS. Relator Ministro Gilson Dipp. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 12 maio 2011. Publicação 07.06.2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%EAnCIA+diverg%EAnCIA+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=60>>. Acesso em: 19 dez. 2016).

confrontados”.¹¹²⁶ Assim, na linha do que sustenta o tribunal, exigem-se, “como mínimo, a indicação e a transcrição de trechos de acórdão supostamente paradigma”.¹¹²⁷

Cabe perscrutar, nesse sentido, se a ausência de demonstração da notoriedade da divergência seria ou não um vício sanável – a exigir prévia intimação do recorrente, antes da inadmissão do recurso pelo relator. Entende-se, de igual forma, que não é passível de ser sanado o vício, até porque essa sanabilidade, prevista no CPC/2015, não se presta a resguardar situações de displicência, como aquelas em que o recorrente interpõe embargos de divergência sem se preocupar, minimamente, com a elucidação da dissidência verificada entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma.

3.4.6 Aresto divergente proferido por unanimidade ou por maioria: a irrelevância da questão

Por fim, salienta-se ser indiferente, para fins de aferição da divergência, o fato de o acórdão recorrido e o acórdão paradigma consubstanciarem julgamentos unânimes ou por maioria.¹¹²⁸ O que importa para a interposição dos embargos de divergência é a dissidência jurisprudencial verificada entre órgãos fracionários do

¹¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 909.177/MS. Relator Ministro Gilson Dipp. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 12 maio 2011. Publicação 07.06.2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%Eancia+diverg%Eancia+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=60>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

¹¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 719.603/RS. Relator Ministro Francisco Falcão. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 novembro 2008. Publicação 04.12.2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exig%EDvel%2C+como+m%EDnimo%2C+a+indica%E7%E3o+e+a+transcri%E7%E3o+de+trechos+de+ac%F3rd%E3o+supostamente+paradigma&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

¹¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 360. No mesmo sentido, Haroldo Pabst (Embargos de divergência. *Digesto de processo*, p. 406) e Bernardo Pimentel Souza (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 573).

mesmo tribunal superior, pouco importando se os acórdãos confrontados refletem o entendimento de todos ou da maioria dos julgadores.

Em outros termos, a uniformidade de entendimentos entre os membros do órgão colegiado não é pressuposto ao cabimento dos embargos de divergência¹¹²⁹; o que importa é que o aresto divergente “espelhe tese jurídica discrepante da constante no acórdão embargado”.¹¹³⁰ Assim, por se tratar de questão que nada influencia os embargos de divergência, neste trabalho, opta-se por destacar a sua irrelevância.

Expostas as peculiaridades que qualificam a divergência hábil a ensejar a interposição do recurso, passa-se aos efeitos que os embargos de divergência reverberam no processo civil.

3.5 EFEITOS DO RECURSO

Os efeitos recursais traduzem várias consequências correlatas à interposição de um recurso. Na doutrina, para controvérsia quanto à aproximação dos efeitos ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito dos recursos. Para Nelson Nery Junior, a decisão sobre os efeitos em que o recurso é recebido integra o juízo de admissibilidade.¹¹³¹

De forma contrária entende Flávio Cheim Jorge que o juízo de admissibilidade limita-se à aferição dos requisitos necessários à interposição do recurso, enquanto os efeitos são decorrências do próprio conteúdo dos recursos. Na sua concepção, o único efeito dos recursos seria o devolutivo, na medida em que a insurgência recursal provoca o reexame da decisão.¹¹³²

Não obstante as dissidências doutrinárias, tratar-se-á nesta seção de todos os efeitos correlatos à interposição do recurso sob exame – os embargos de divergência.

¹¹²⁹ CHEIM JORGE, Flávio. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 17.

¹¹³⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 855-856.

¹¹³¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 261.

¹¹³² CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 344, 335-336.

3.5.1 Efeito obstativo

O primeiro efeito inerente à interposição de qualquer recurso é o efeito obstativo. Constituinte o recurso um prolongamento do processo, tem o condão de evitar a preclusão e, por derradeiro, obstar o trânsito em julgado da decisão recorrida¹¹³³ –, impedindo a sua execução definitiva.

Cândido Rangel Dinamarco acrescenta, como efeito correlato ao obstativo, o “alongamento da litispendência” na medida em que enquanto não encerrado o processo em definitivo subsistem “todos os *efeitos processuais e substanciais da litispendência* [Grifos do autor]”, inviabilizando, por exemplo, eventual repositura da demanda¹¹³⁴. Não obstante se dê razão ao autor, entende-se que esse alongamento é um dos feixes em que se decompõe o efeito obstativo, perpetrado pela interposição do recurso.

Na realidade, o efeito obstativo é alvo de críticas sob o argumento de que não é propriamente o recurso que obsta o trânsito em julgado, mas, sim, “limita-se a prolongar um estado de pendência que já existia antes de sua interposição”.¹¹³⁵ Então, se a perspectiva de breve encerramento da marcha processual resta, muitas vezes, prejudicada, a interposição de um recurso faz com que se protraia no tempo.

Dada a sua natureza recursal, é indiscutível que os embargos de divergência, quando interpostos, operam o efeito obstativo, impedindo que o acórdão recorrido se revista de imutabilidade pela coisa julgada.

3.5.2 Efeito interruptivo

O efeito interruptivo é verificado nos casos em que a interposição de um recurso cessa a fluência do prazo para a prática de outro ato processual – notadamente, para a interposição

¹¹³³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 148.

¹¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 85, p. 390-423, mar. 2002. p. 396.

¹¹³⁵ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 337.

de outros recursos eventualmente cabíveis. Trata-se do efeito típico dos embargos de declaração que, quando opostos tempestivamente, interrompem o prazo para a interposição do recurso subsequente.¹¹³⁶

Os embargos de divergência, por expressa previsão do artigo 1.044, § 1º¹¹³⁷, do CPC/2015, interrompem o prazo para a interposição de recurso extraordinário quando interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça (portanto, contra acórdão proferido em recurso especial). O Código eliminou a necessidade de interposição conjunta de embargos de divergência e de recurso extraordinário nos casos em que o acórdão proferido no julgamento do recurso especial gerar duplo interesse recursal: por um lado, pretende a parte que prevaleça entendimento sustentado por outro órgão fracionário do próprio Superior Tribunal de Justiça (por embargos de divergência); por outro lado, pretende discutir matéria de cunho constitucional (por recurso extraordinário).

À luz do CPC/1973, a questão do efeito interruptivo dos embargos de divergência era obscura¹¹³⁸; contudo, com o advento do CPC/2015, as controvérsias foram elididas pela clara dicção da lei. Essa alteração promovida pelo novo Código se coaduna

¹¹³⁶ Inclusive nos juizados especiais, por força da alteração promovida pelo CPC/2015 no artigo 50, da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹¹³⁷ Prevê referido parágrafo que “a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹¹³⁸ Sobre o assunto, comenta Pedro Miranda de Oliveira que “na vigência do CPC/1973 havia lacuna em relação à necessidade ou não de interposição conjunta de recurso extraordinário e de embargos de divergência quando o acórdão oriundo do Superior Tribunal de Justiça tinha, por exemplo, dois capítulos distintos e autônomos: um sobre questão constitucional e outro acerca de questão infraconstitucional decidida de forma diversa por outro órgão colegiado. Daí o CPC/2015 prever a interrupção do prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes quando houver interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 342).

com o princípio da unirecorribilidade, unicidade¹¹³⁹ ou singularidade recursal: fica claro que, contra acórdão proferido em recurso especial, a parte poderá interpor, primeiro, embargos de divergência, com o fito de sanar a dissidência jurisprudencial verificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; para, só então, interpor recurso extraordinário. A depender do resultado dos embargos de divergência, pode ser que não subsista o interesse para a interposição de recurso extraordinário, em especial se considerado o viés da utilidade – razão pela qual a alteração atende, também, aos princípios da economia¹¹⁴⁰ e da celeridade processual.

Todavia, é pertinente ponderar que a despeito de trazer disposição expressa quanto ao efeito interruptivo, o CPC/2015 não veda a interposição conjunta dos embargos de divergência e do recurso extraordinário¹¹⁴¹. Entende-se que, em alguns casos, não há prejuízo, preclusão, nem violação ao princípio da unirecorribilidade, como tratado na seção 3.3.9.

Os embargos de divergência geram efeito interruptivo quando interpostos no Superior Tribunal de Justiça (ainda que conjuntamente com o recurso extraordinário). Essa constatação é

¹¹³⁹ Leciona Nelson Nery Junior que “no sistema do CPC brasileiro vige o *princípio da singularidade dos recursos*, também denominado de princípio da unirecorribilidade, ou ainda de princípio da unicidade, segundo o qual para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial” (*Teoria geral dos recursos*, p. 128).

¹¹⁴⁰ Com razão Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery quando afirmam que “seria certamente contrário ao princípio da economia processual exigir-se que, na pendência de processamento e julgamento de EmbDiv em REsp, devesse a parte interessada interpor RE. Isto porque o julgamento dos EmbDiv pode trazer solução satisfatória ao recorrente, de forma que se torne desnecessária a interposição do RE” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2402).

¹¹⁴¹ Em sentido contrário, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade entendem que o artigo 1.044, § 2º, “não referenda a interposição simultânea dos EmbDiv e do RE pela mesma parte, o que configuraria preclusão consumativa de um deles e ofensa ao princípio da singularidade. A ressalva do § 2º. vale apenas para o RE que, interposto antes do julgamento dos EmbDiv, venha a ser interposto pela *parte contrária*” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2402).

relevante na medida em que a interrupção aproveita a ambas as partes: tanto à parte recorrente, que interpôs os embargos de divergência; quanto à parte recorrida, contra quem os embargos foram interpostos.

Assim, em casos de sucumbência recíproca, pode ocorrer de uma parte (A) interpor embargos de divergência e a outra (B), no mesmo prazo, interpor recurso extraordinário. A hipótese não é incomum porque, em regra, não convém aguardar a ação ou inação da outra parte para fins de verificação do efeito interruptivo e, por decorrência, para decidir praticar ou não o ato processual no prazo previsto em lei. Contudo, a interposição de embargos de divergência provocará a interrupção do prazo para recurso extraordinário.

Julgados os embargos de divergência, como a parte B já havia interposto recurso extraordinário, abrem-se duas possibilidades. Se os embargos forem inadmitidos ou desprovidos¹¹⁴² – portanto, não gerarem qualquer alteração no acórdão proferido em recurso especial –, o recurso extraordinário será julgado independentemente de ratificação.¹¹⁴³ Se, no entanto, provocar alteração, poderá a parte B complementar as razões do

¹¹⁴² O não conhecimento ou o desprovemento dos embargos de divergência não fulmina, por ausência de interesse recursal, o recurso extraordinário outrora interposto pelo embargado (contra o acórdão recorrido por embargos de divergência). É que, com o desprovemento do recurso, subsiste a conclusão exarada no acórdão que julgou o recurso especial e que deu ensejo à interposição do recurso extraordinário. Em verdade, permanece hígida e incólume a decisão recorrida via extraordinário. Todavia, fulminará o interesse recursal caso a reforma pretendida pela parte recorrente pressupor provimento tanto dos embargos de divergência quanto do recurso extraordinário. Nesse caso, desprovidos os embargos de divergência, nem mesmo o provimento do recurso extraordinário acarretaria o fim pretendido por haver fundamento suficiente à manutenção da decisão vergastada.

¹¹⁴³ Eis o que prevê o artigo 1.044, § 2º, do CPC/2015: “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” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

recurso extraordinário.¹¹⁴⁴ É que, se por força do efeito interruptivo a parte B poderia interpor recurso extraordinário após o julgamento dos embargos de divergência, mas o fez antes (no mesmo prazo de interposição dos embargos de divergência), pode complementar as razões recursais.

Feitas essas digressões, cabe perscrutar se basta, para a verificação do efeito interruptivo, a mera interposição dos embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ou se o recurso, necessariamente, deve ser admitido (isto é, ultrapassar a barreira da admissibilidade). Nesse âmbito, adota-se a mesma lógica prevalecente quanto aos embargos de declaração: o efeito interruptivo é verificado desde que o recurso seja cabível¹¹⁴⁵ e tenha sido interposto no prazo previsto em lei (portanto, tempestivamente¹¹⁴⁶).

¹¹⁴⁴ Pedro Miranda de Oliveira entende que não cabe à parte que interpôs recurso extraordinário tomar qualquer atitude após a publicação do acórdão que julgou os embargos de divergência. Comenta o autor que “apesar da literalidade do dispositivo, o CPC/2015 afasta qualquer exigência de reiteração do RE, seja qual for o resultado do julgamento dos embargos de divergência. Até porque são capítulos distintos, autônomos, com objetos diferentes (questão infraconstitucional e questão constitucional)” (*Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 343).

¹¹⁴⁵ Caso o recurso não seja cabível, não se operará o efeito interruptivo. Eis o que consignou o Supremo Tribunal Federal no excerto a seguir: “conforme se verifica dos autos, os embargos de divergência foram opostos em face de acórdão que rejeitou embargos declaratórios em recurso ordinário em mandado de segurança, hipótese que não desafia esse recurso por ausência de previsão legal, já que os embargos de divergência apenas são cabíveis em sede de recurso especial e recurso extraordinário. [...]. Prevalece nesta Corte o entendimento de que o recurso manifestamente incabível, não suspende ou interrompe o prazo para a interposição de outro recurso [...]. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no ARE n. 738.488. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 27 fevereiro 2014. Publicação 24.03.2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5495020>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹¹⁴⁶ No mesmo sentido, afirma Sandro Marcelo Kozikoski que “o § 1º do art. 1.044 do CPC consagra outra hipótese de eficácia intersubjetiva do efeito interruptivo recursal, dispondo que ‘a interposição de embargos de

Agora, situação peculiar concerne à verificação do efeito interruptivo em favor da parte contrária, ainda que o recurso interposto por uma das partes seja intempestivo. Entende-se, da mesma forma, que deve ser aplicado o entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça com relação aos embargos de declaração, partindo-se do pressuposto que não compete à parte controlar o prazo recursal da parte contrária – inclusive porque a prática extemporânea de atos processuais pode ser eivada de má-fé, com o propósito de induzir a parte contrária a erro e levá-la à perda de prazos. Então, na hipótese de os embargos de divergência serem intempestivos, o efeito interruptivo aproveita tão somente a parte contrária, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, destaca-se que essa hipótese prevista no artigo 1.044, § 1º, só será verificada nos casos em que o interesse recursal para a interposição de recurso extraordinário surgir no julgamento do recurso especial.¹¹⁴⁷ Caso contrário – isto é, caso o interesse para interposição do recurso extraordinário surja no mesmo momento em que o interesse para interposição do recurso especial – deverá a parte interpor recurso especial e recurso extraordinário conjuntamente, sob pena de incorrer no óbice consubstanciado nos enunciados de Súmula n. 126¹¹⁴⁸ do STJ e Súmula n. 283¹¹⁴⁹ do STF (que versam sobre a inadmissão do

divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes’. Imprescindível, contudo, a interposição tempestiva dos embargos de divergência [Grifo do autor]” (*Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 277).

¹¹⁴⁷ No mesmo sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, p. 1584.

¹¹⁴⁸ De acordo com o enunciado de Súmula n. 126, do STJ, “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 126*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='126'>>.

Acesso em: 21 dez. 2016).

¹¹⁴⁹ No mesmo sentido, o teor do enunciado de Súmula n. 283, do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida

recurso quando haja fundamento suficiente, não impugnado, para a manutenção da decisão vergastada).¹¹⁵⁰

3.5.3 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo consiste na devolução da matéria ventilada no recurso à apreciação do órgão julgador de forma integral ou parcial.¹¹⁵¹ Então, é o próprio recorrente que delimita o espectro da devolutividade em suas razões recursais¹¹⁵² (o que se denomina de devolução pelo prisma horizontal). Noutra senda, a partir da delimitação insculpida no recurso, cabe ao órgão julgador analisar a matéria com profundidade (o que se denomina de devolução pelo prisma vertical).¹¹⁵³ Assim, em síntese, as *questões* contempladas no recurso “podem ser as *matérias*

assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 283*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?s umula=2226>>. Acesso em: 25 set. 2016).

¹¹⁵⁰ A propósito, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “inexiste dissídio apto a ensejar os embargos de divergência na hipótese em que o acórdão embargado possui fundamento suficiente que não foi objeto do aresto paradigma” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AI n. 665.622. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 6 outubro 2011. Publicação 09.11.2011, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629458>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 30; FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 185.

¹¹⁵² MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 148; CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 309.

¹¹⁵³ Da mesma forma, Flávio Cheim Jorge diz que o efeito devolutivo “deve ser visto sob duas óticas: quanto à *extensão* e quanto à *profundidade*. Aquela é ligada ao pedido veiculado no recurso e fixada pelo recorrente (extensão); ao passo que esta se relaciona às questões e fundamentos que foram ou mesmo que puderam ser utilizadas pelo magistrado ao prolatar a decisão recorrida (profundidade)” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 342).

veiculadas (sentido horizontal: extensão) e os *fundamentos* de ataque e de defesa daquelas matérias (sentido vertical: profundidade) [Grifos do autor]”^{1154_1155}.

Essa atuação do recorrente, quanto à delimitação do efeito devolutivo, ganha mais importância sob a égide do CPC/2015, que prevê expressamente a possibilidade de cisão do julgamento de mérito. Assim, quanto às matérias (ou melhor, aos capítulos) não contempladas na insurgência recursal, operar-se-á não só a preclusão, como o trânsito em julgado, de forma que não serão devolvidas à apreciação do órgão superior¹¹⁵⁶ e tornar-se-ão imutáveis¹¹⁵⁷ – à exceção, é claro, dos capítulos acessórios¹¹⁵⁸ (como o relativo aos ônus da sucumbência) ou prejudiciais (por exemplo, como a questão da paternidade em ação de alimentos), que são abarcados na impugnação do capítulo principal.

Historicamente, o efeito devolutivo foi atrelado à devolução do conhecimento da matéria a um tribunal superior. Sendo assim, sustentava-se que os embargos de declaração não

¹¹⁵⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1549.

¹¹⁵⁵ Às dimensões *horizontal* e *vertical*, Cândido Rangel Dinamarco acrescenta a dimensão *subjetiva* do efeito devolutivo, que será tratada no presente trabalho como efeito expansivo recursal, no item 3.3.4.7 (Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 85, p. 390-423, mar. 2002, p. 399).

¹¹⁵⁶ Já sob a égide do CPC/1973, Cândido Rangel Dinamarco defendia que “questões referentes a capítulo de sentença não impugnado pela parte, ou que não possa ser impugnado por ela, não se consideram devolvidas” (Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 85, p. 390-423, mar. 2002, p. 404).

¹¹⁵⁷ Isso porque “o âmbito de devolutividade vincula *objetivamente* o juízo *ad quem* à vontade do recorrente, obstando eventual pronunciamento decisório a respeito de capítulos não suscitados no recurso, em estrita consonância com o preceito *tantum devolutum quantum appellatum*” (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*, p. 85-86).

¹¹⁵⁸ Ressalva José Carlos Barbosa Moreira que “os capítulos *meramente acessórios* de algum outro ficam abrangidos pela impugnação relativa ao capítulo principal, mesmo que o recorrente silencie a respeito deles” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 356).

operavam efeito devolutivo na medida em que a apreciação do recurso incumbe ao próprio órgão prolator da decisão embargada.¹¹⁵⁹ A discussão se encontra superada, até porque, como explicita Alcides de Mendonça Lima, a pretensão do recorrente ao interpor recurso é provocar novo pronunciamento do Poder Judiciário sobre a matéria, seja por outro órgão julgador ou não. Por essa razão, o autor reputa o termo “transferência” mais adequado do que “devolução” para indicar o que se convencionou denominar de efeito devolutivo.¹¹⁶⁰

Embora o efeito devolutivo seja inerente a todos os recursos¹¹⁶¹, nos recursos excepcionais sempre foi alvo de controvérsias doutrinárias. A respeito dos embargos de divergência, por exemplo, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim pontuam que a devolução se limita “à tese jurídica objeto da divergência”.¹¹⁶² Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, diferencia o espectro de devolutividade nos “recursos de tipo comum” e nos “recursos fundados em dissídio pretoriano”, argumentando que, nestes, “o que resta devolvido ao Tribunal *ad quem* são os pontos em torno dos quais se formou o alegado dissenso, donde a exigência de sua *demonstração analítica*”.¹¹⁶³

Nessa seara, o CPC/2015 operou uma quebra de paradigma ao prever, em seu artigo 1.034, que após a admissão do recurso especial e/ou do recurso extraordinário, incumbe ao respectivo tribunal julgar o processo, “aplicando o direito”. O dispositivo,

¹¹⁵⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 184-185.

¹¹⁶⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 252-253. Pontua o autor que “todo recurso pretende o reexame da decisão impugnada, não importando a natureza e a hierarquia do órgão *ad quem*. Esta situação é, pois, inerente ao próprio instituto recursório [Grifos do autor]” (*Ibidem*, p. 253).

¹¹⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 148.

¹¹⁶² ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1290. Da mesma forma: TEIXEIRA, Yuri Guertz. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 332.

¹¹⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 263.

que não encontra correspondência no CPC/1973, reproduz aos recursos extraordinários *lato sensu* aquilo que se já verificava no âmbito dos recursos ordinários: a amplitude do efeito devolutivo.

Diante disso, Leonardo Greco sustenta que caso constatada a divergência e reformada a decisão recorrida, poderá o tribunal “reexaminar outras questões de fato e de direito decorrentes da nova solução da questão de direito que fundamentou os embargos (Súmula 456 do STF)”.¹¹⁶⁴

Afirma Flávio Cheim Jorge que, “com o CPC/2015, não há mais que se fazer distinção entre os recursos ordinários e extraordinários para efeito de incidência da profundidade do efeito devolutivo”. Por consectário, o autor sustenta que a teoria da causa madura, não obstante tenha substrato no artigo 1.013, § 1º¹¹⁶⁵, do CPC/2015 (relativo ao recurso de apelação), aplica-se a todos os recursos.¹¹⁶⁶ De fato, parcela da doutrina assim já se posicionava na vigência do CPC/1973, a exemplo de Teresa Arruda Alvim Wambier e de José Miguel Garcia Medina¹¹⁶⁷. Também a jurisprudência dos tribunais superiores admitia essa aplicação do direito à espécie – o que restou consolidado no enunciado de Súmula n. 456¹¹⁶⁸ do STF.

¹¹⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais*, p. 296.

¹¹⁶⁵ Eis o teor do artigo 1.013 e seu § 1º: “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹¹⁶⁶ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 367.

¹¹⁶⁷ Como assentam os autores: “uma vez conhecido o recurso especial, deverá o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie (cf. Súmula 456 do STF) e, neste caso, poderá ter incidência o princípio referido no art. 515, § 3º, do CPC. A mesma solução aplica-se ao recurso extraordinário, *mutatis mutandis*” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 57).

¹¹⁶⁸ Diz a Súmula n. 456 que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 456*. Disponível em:

Coaduna-se com essa interpretação ampla da teoria da causa madura, entendendo ser aplicável também aos recursos excepcionais – inclusive aos embargos de divergência – no que concerne à profundidade. Contudo, quanto à extensão, entende-se que a devolução não pode extrapolar aquilo que foi contemplado nas razões recursais, de forma que os capítulos não impugnados não poderiam ser submetidos à análise dos tribunais superiores. Inclusive, o CPC/2015 é expresso ao referir, no artigo 1.034, parágrafo único, que é devolvido “ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado” – não aos demais capítulos que não foram objeto de insurgência recursal. Essa questão ganha especial relevo quando o acórdão recorrido se assenta em mais de um fundamento suficiente à sua manutenção e apenas um deles comporta embargos de divergência; nesse caso, concorda-se que o recorrente careceria de interesse recursal¹¹⁶⁹ – por força da aplicação da Súmula n. 126 do STJ e da Súmula n. 283 do STF.

Outra ressalva com relação a essa amplitude da devolutividade é a seguinte: não se pode desviar do propósito do recurso em estudo, que se volta a fixar a correta interpretação da questão de direito submetida ao crivo dos tribunais superiores e não a analisar a justiça do caso concreto.¹¹⁷⁰

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sUmula=2805>>. Acesso em: 21 dez. 2016).

¹¹⁶⁹ É o que defende Yuri Guerzet Teixeira, cujas palavras são reproduzidas a seguir: “hipótese pouco ventilada pela doutrina é aquela na qual o acórdão recorrido assenta-se em mais de um fundamento autônomo – cada um capaz de, por si só, embasar a decisão recorrida – e há divergência jurisprudencial apenas quanto a um deles. Sendo os embargos de divergência um recurso excepcional, não cabe falar em profundidade ilimitada do efeito devolutivo, portanto, o fundamento contra o qual não se insurge o recorrente transita em julgado. Nesse passo, ainda que reformado o fundamento objeto da divergência, subsistirá, incólume, o acórdão recorrido, posto que o fundamento não atacado, por si só, será apto a sustenta-lo. Assim, não haveria possibilidade de melhora na situação jurídica do recorrente, carecendo este de interesse recursal” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 324).

¹¹⁷⁰ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

3.5.4 Efeito translativo

O efeito translativo tem íntima ligação com o efeito devolutivo. Decorrência do princípio inquisitório¹¹⁷¹, tal efeito concerne à possibilidade de o órgão julgador apreciar questões de ordem pública independentemente de terem sido suscitadas pelas partes.¹¹⁷² É, nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira, “um *plus* ao princípio do efeito devolutivo, pois amplia a devolutividade do recurso” tanto no plano horizontal quanto no vertical.¹¹⁷³

A doutrina diverge bastante quanto à existência de efeito translativo em sede de recursos excepcionais¹¹⁷⁴ (entre os quais figuram os embargos de divergência)¹¹⁷⁵ e quanto à extensão

RECURSO DE FINALIDADE RESTRITA (SUPERACÃO DE DISSÍDIO INTERNO ENTRE ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DO STJ). INADEQUAÇÃO PARA REDISCUTIR O ACERTO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NA TURMA” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AgRg nos EAg n. 1.332.861/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 setembro 2015. Publicação 09.11.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200879223&dt_publicacao=09/11/2015>. Acesso em: 25 dez. 2016).

¹¹⁷¹ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 341.

¹¹⁷² BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

¹¹⁷³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1549.

¹¹⁷⁴ Sustentam a ausência de efeito translativo nos recursos excepcionais: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*, p. 577; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limites ao efeito translativo dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12. p. 125.

¹¹⁷⁵ Bernardo Pimentel Souza sustenta que por força do artigo 336, parágrafo único, do RISTF, deve o Pleno indicar a interpretação correta e aplicar o direito à espécie. Assim, “tudo indica que as questões de ordem pública devem ser apreciadas após o conhecimento dos embargos de divergência” de forma que “conhecido o recurso, o colegiado passa

deste efeito (se autoriza atuação além do capítulo impugnado ou não).

Com relação ao primeiro ponto, preponderava a orientação de que o efeito translativo não seria passível de aplicação em sede de recursos excepcionais.¹¹⁷⁶⁻¹¹⁷⁷ No entanto, adere-se à posição defendida por parcela da doutrina, no sentido de que o efeito translativo também é aplicável em sede de embargos de divergência, autorizando o órgão julgador a apreciar todas as matérias cognoscíveis de ofício, desde que ultrapassada a fase de admissibilidade recursal.¹¹⁷⁸

Nesse sentido, sustenta Araken de Assis que “o órgão *ad quem* não se encontra preso aos fundamentos externados quer no acórdão embargado, quer no acórdão paradigma”, de forma que “é impossível inibir o conhecimento das questões apreciáveis *ex officio*”¹¹⁷⁹. Por sua vez, Pedro Miranda de Oliveira identifica no próprio artigo 485, § 3º, do CPC/2015, o fim da polêmica em

ao exame do mérito, quando efetua o julgamento do caso concreto. E, ao aplicar o direito à espécie, o órgão julgador dos embargos de divergência deve levar em consideração as questões sujeitas à apreciação oficial” (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 589).

¹¹⁷⁶ Diz Araken de Assis que “de acordo com a opinião prevalecente, no julgamento dos embargos de divergência ao órgão *ad quem* é vedado examinar, *ex officio*, as questões de ordem pública não decididas no acórdão embargado, alheias ao objeto da divergência (art. 267, § 3º). Duas razões amparam o entendimento: em primeiro lugar, a ‘matéria restante’ aludida no art. 336, parágrafo único, do RISTF respeita à divergência; ademais, só as questões ‘decididas’ se ostentam passíveis de julgamento nos recursos extraordinários e especial, e nada mais, repercutindo a restrição nos embargos de divergência opostos aos respectivos acórdãos [Grifos do autor]” (*Manual dos recursos*, 3. ed., p. 861).

¹¹⁷⁷ Nesse sentido, Sergio Seiji Shimura aduz que os embargos de divergência possuem apenas efeito devolutivo (Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 426).

¹¹⁷⁸ Da mesma forma, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam, à luz do CPC/2015, que “desde que conhecidos os embargos, sua extensão é total quanto à matéria deles objeto e às questões de ordem pública (efeito translativo)” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2396).

¹¹⁷⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 3. ed., p. 861.

torno da aplicação do efeito translativo aos recursos excepcionais¹¹⁸⁰, ao prever que “o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”¹¹⁸¹.

Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha também assentam que, com fulcro no permissivo insculpido no artigo 1.034 do CPC/2015, ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso excepcional, poderá o tribunal “examinar *toda* a causa, com profundidade, cabendo-lhe, inclusive, apreciar questões examináveis a qualquer tempo [Grifo dos autores]”. A partir dessa premissa, sustentam que o tribunal estaria autorizado a apreciar fatos e direitos supervenientes à interposição do recurso, reputando aplicável o artigo 493¹¹⁸² do CPC/2015 à *instância extraordinária*.¹¹⁸³

Diversa é a orientação de Teresa Arruda Alvim Wambier e de Bruno Dantas, para os quais não há *fase de rejuízo* nos embargos de divergência, ao contrário do que se verifica nos recursos especial e extraordinário.¹¹⁸⁴

Rafael de Oliveira Guimarães, por sua vez, adverte que a redação do artigo 1.034 pode acarretar conclusões equivocadas,

¹¹⁸⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1550.

¹¹⁸¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹¹⁸² Prevê o artigo 493, do CPC/2015, que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹¹⁸³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 327-328.

¹¹⁸⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*, p. 577.

eis que “permite o conhecimento de toda e qualquer matéria pela simples admissibilidade positiva do recurso” – o que equipararia, de certa forma, os recursos excepcionais aos recursos ordinários.¹¹⁸⁵ No mesmo passo, Alexandre Freire adverte que a regra insculpida no referido dispositivo deve ser interpretada à luz da Constituição Federal, em consonância com as especificidades dos recursos excepcionais.¹¹⁸⁶

Há que se ter em mente, como ressaltam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que o efeito translativo recursal só se aplica na segunda fase de julgamento dos embargos de divergência, qual seja, juízo positivo de cassação, quando compete aos tribunais julgar a causa, aplicando o direito à espécie.¹¹⁸⁷ Nas palavras dos autores:

¹¹⁸⁵ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A súmula 456 do STF e o CPC/2015: uma interpretação sistemática sob a ótica constitucional e o efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDP*. No prelo 2017. Defende o autor que a interpretação do artigo 1.034 deve ser realizada conforme foi interpretada, historicamente, a Súmula n. 456 do STF: “permitindo o conhecimento das questões atinentes ao capítulo impugnado em sede de recurso excepcional, desde que iniciado o provimento do recurso – o que ocorre quando já constatado o erro de interpretação da norma jurídica” (*Idem*).

¹¹⁸⁶ FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Do recurso extraordinário e do recurso especial. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2105. p. 1526.

¹¹⁸⁷ Assim também se orienta João Francisco Naves da Fonseca (A profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão “julgará o processo, aplicando o direito” (CPC/2015, art. 1.034)? In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6. (Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada). p. 1011). O autor aduz não haver dúvida “de que apenas questão jurídica prequestionada pode ser objeto de recurso de direito estrito. Mas superada essa barreira, o tribunal não pode ter o seu exercício jurisdicional ilegitimamente cerceado, razão pela qual ele pode e deve examinar as causas de pedir e os fundamentos de defesa necessários para julgar os capítulos relacionados com o provimento do recurso” (*Ibidem*, p. 1015-1016). No mesmo sentido, Rafael de Oliveira Guimarães consigna que “os Tribunais Superiores, no caso de recursos excepcionais, após esse juízo de cassação, devem, realizar o juízo de

Na primeira fase do julgamento dos RE, REsp e EmbDiv (*juízo de cassação*), não se aplica o efeito translativo dos recursos, isto é, o exame *ex officio* das questões de ordem pública não suscitadas pela parte. No entanto, esse efeito translativo se aplica à segunda fase do julgamento dos recursos excepcionais, inclusive dos EmbDiv, na medida em que o STF e o STJ, conhecendo e dando provimento aos recursos (*juízo positivo de cassação*), deverão julgar a causa e aplicar o direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257), vale dizer, deverão proferir *juízo de revisão*. Julgar a causa e aplicar o direito à espécie é o mesmo que redecidir a causa, examinando tudo como se fora tribunal de apelação: reexaminando prova, examinando direito local (estadual e municipal) etc.[Grifos dos autores].¹¹⁸⁸

Então, partindo-se da premissa de que o efeito translativo se aplica aos embargos de divergência, passa-se ao segundo ponto: a extensão deste efeito (se autoriza atuação além do capítulo impugnado ou não). Entende-se que o efeito translativo autoriza o conhecimento de questões de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de figurar ou não no capítulo impugnado pela via recursal. Assim, nem mesmo o prequestionamento seria óbice ao enfrentamento de questões de ordem pública.^{1189_1190}

revisão, que nada mais é do que dar a solução prática, ou a tutela jurisdicional final ao recorrente, declarando como o acórdão recorrido deveria ter interpretado a questão de direito” (A súmula 456 do STF e o CPC/2015: uma interpretação sistemática sob a ótica constitucional e o efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDP*. No prelo 2017).

¹¹⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 2396.

¹¹⁸⁹ Concorde-se com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery quando afirmam que o fato de ser, o prequestionamento, requisito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, não significa que tem o condão de delimitar as matérias que podem ser apreciadas pelo tribunal a ponto de obstar o enfrentamento de questões

O efeito translativo, portanto, é inerente a qualquer recurso e se traduz na possibilidade de o magistrado, no julgamento, apreciar questões de ordem pública, as quais podem ser enfrentadas a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, estejam ou não contempladas no capítulo impugnado. De todo modo, o assunto exige maiores digressões, que extrapolam os limites do presente trabalho.

3.5.5 Efeito suspensivo

O efeito suspensivo influi na eficácia da decisão recorrida, cujos efeitos são sustados em razão da interposição do recurso.¹¹⁹¹ Na verdade, é visto como um efeito decorrente da própria decisão recorrida (e não da interposição do recurso) que,

de ordem pública. Nas palavras dos autores, “o impropriamente denominado prequestionamento – na verdade, decisão da causa (CF 102 III e 105 III) – somente é exigido como requisito de admissibilidade, isto é, na primeira fase de julgamento do RE, REsp e EmbDiv, quando se examina se a instância ordinária proferiu decisão em desacordo com a CF ou a lei federal. Verificada a ofensa à CF ou à lei federal, o STF e o STJ cassam o acórdão, dando provimento ao recurso. Nesse momento, inicia-se a segunda fase (*juízo de revisão*), ocasião em que o tribunal superior deverá julgar a causa aplicando o direito à espécie, fase essa para a qual o tribunal se encontra totalmente livre para decidir. Por isso é que, nessa segunda fase (*juízo de revisão*) de julgamento do mérito da causa com aplicação do direito à espécie, incidem todos os institutos da teoria geral dos recursos, inclusive o efeito translativo dos recursos [Grifos dos autores]” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2396).

¹¹⁹⁰ Em sentido contrário, Flávio Cheim Jorge entende que essa prerrogativa – de apreciar matérias conhecíveis de ofício – se limita ao capítulo da decisão impugnado, sendo vedado ao magistrado apreciar matérias de ordem pública relativas aos capítulos que não foram objeto de insurgência recursal. (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 351).

¹¹⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, p. 313. No mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 148. Ainda, SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 100. O autor ressalva que o efeito suspensivo “desponta desde a prolação do ato decisório, sempre que este seja impugnável por meio de recurso que produza tal efeito” (*Idem*).

em regra, nasce ineficaz.¹¹⁹² Como leciona José Carlos Barbosa Moreira, “mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse o recurso [Grifos do autor]”^{1193_1194}.

Esse estado de ineficácia, todavia, só subsiste nos casos em que os recursos interponíveis contra a decisão forem dotados de efeito suspensivo automático – como é o caso do recurso de apelação. Caso contrário, compartilha-se da opinião de que as decisões operam efeito de imediato, a menos que haja eventual concessão de tutela provisória recursal no sentido de sustar seus efeitos até o julgamento do recurso.

Parte-se do pressuposto, portanto, de que, em regra, as decisões são eficazes desde logo¹¹⁹⁵ e que os recursos não suspendem sua eficácia^{1196_1197} – exatamente como previsto no

¹¹⁹² Por essa razão, Alexandre Reis Siqueira Freire diz que a expressão “efeito suspensivo” é equívoca. O que ocorre, na realidade, é que alguns recursos têm o condão de prorrogar o “estado de ineficácia da decisão” (O recurso especial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 17-26, t. 1, abr/jun. 2011. p. 24).

¹¹⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 258.

¹¹⁹⁴ Da mesma forma entende Flávio Cheim Jorge que “o recurso apenas prolonga o estado de ineficácia da decisão” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 338).

¹¹⁹⁵ Importante destacar que nem sempre foi assim. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, prevalecia a regra do efeito suspensivo automático. Nessa linha, escreveu Alcides de Mendonça Lima: “a suspensividade é da índole do regime brasileiro, pois a tradição foi acolhida no Código de Processo Civil. Como corolário dessa regra geral, a executoriedade, mesmo provisória, na pendência de um recurso, somente se permite quando a lei o consigne de modo categórico e infosfismável” (*Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 274-275).

¹¹⁹⁶ Posicionamento que se alinha à lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem “o efeito suspensivo dos recursos só existe quando assim determina a lei” (Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 85, p. 390-423, mar. 2002. p. 412).

¹¹⁹⁷ Em sentido contrário escreveu José Carlos Barbosa Moreira, sob a égide do CPC/1973: “convém acrescentar que, no sistema jurídico

artigo 995¹¹⁹⁸ do CPC/2015. Daí se conclui que, inexistindo previsão específica a esse respeito, a interposição de embargos de divergência não é passível de sustar a eficácia do acórdão recorrido.^{1199_1200_1201} Significa dizer que o acórdão recorrido, a despeito da interposição do recurso, continua a surtir efeitos¹²⁰² até que os embargos de divergência sejam providos ou até que sobrevenha decisão do relator concedendo tutela provisória recursal, antes do seu julgamento.

pátrio, a regra é a de *terem* os recursos efeito suspensivo, no sentido exposto, entendendo-se que ele só não ocorre quando alguma norma especial o exclua [Grifo do autor]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 259).

¹¹⁹⁸ Na dicção do artigo 995, do CPC/2015, “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹¹⁹⁹ Eis o que defendia Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, na vigência do CPC/1973: “tal como o recurso extraordinário e o recurso especial de que constituem desdobramento, os embargos de divergência não produzem efeito suspensivo. A execução do acórdão embargado será provisória” (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 539 a 565, p. 195).

¹²⁰⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier, no mesmo passo, diz que os embargos de divergência constituem um “recurso desprovido de efeito suspensivo ou translativo, porque se está, aqui, diante de recurso cujo regime é de recurso excepcional, como ocorre com os recursos especial e extraordinário” (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 339).

¹²⁰¹ Assim também Flávio Cheim Jorge, para quem “os embargos de divergência não possuem o que se convencionou chamar de efeito suspensivo. Não são, assim, capazes de interferir na eficácia do acórdão embargado, não trazendo, destarte, qualquer prejuízo à eficiência do processo” (Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 17).

¹²⁰² Diversa não é a opinião de Yuri Guezet Teixeira, que conclui que “não teriam os embargos de divergência qualquer aptidão à prorrogação de um estado de ineficácia – simplesmente porque este jamais existiu” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 332).

Os embargos de divergência só terão o condão de suspender a eficácia do acórdão recorrido, portanto, se deferida a tutela provisória recursal, expressamente requerida pelo recorrente. Assim, nos casos em que for verificada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, poderá o relator conceder a tutela pretendida com o propósito de suspender os efeitos da decisão vergastada (é o que se convencionou denominar de concessão de efeito suspensivo excepcional). Não poderá, contudo, proceder de ofício, sendo imprescindível o requerimento do recorrente nesse sentido.

Caso, em um primeiro momento, o relator indefira o pedido, resta ao recorrente interpor agravo interno, nos termos do artigo 1.021¹²⁰³ do CPC/2015, ocasião em que o relator poderá retratar-se ou simplesmente levar o recurso a julgamento pelo órgão colegiado competente – qual seja, o mesmo que possui competência para julgar os embargos de divergência: seção ou Corte Especial, no caso do Superior Tribunal de Justiça (artigo 259, § 1º, do RISTJ); e Plenário, no caso do Supremo Tribunal Federal.

Discorda-se, assim, do posicionamento de alguns autores¹²⁰⁴ que sustentam que os embargos de divergência teriam efeito suspensivo quando interpostos contra acórdão que deu provimento a recurso especial ou a recurso extraordinário.¹²⁰⁵ É cediço que o efeito suspensivo não se presume e, inexistindo previsão a esse respeito em relação aos embargos de divergência, outra coisa não se pode concluir senão a imediata eficácia da decisão recorrida – como exposto acima.

Por consectário, inexistindo decisão em contrário sustando os efeitos do acórdão recorrido, o embargado pode dar início à

¹²⁰³ Dispõe o artigo que “contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁰⁴ A exemplo de Sergio Seiji Shimura (Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, p. 427).

¹²⁰⁵ Da mesma forma, Araken de Assis (*Manual dos recursos*, p. 1002).

execução provisória da sentença – assim entendido o acórdão recorrido pelos embargos de divergência, na forma do artigo 520 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015. Na hipótese de os embargos de divergência serem providos, aplicando-se a interpretação consubstanciada no acórdão paradigma, incumbirá ao embargado indenizar o embargante pelos prejuízos oriundos da execução provisória (como preconiza o artigo 520, inciso I¹²⁰⁶, do CPC/2015).

3.5.6 Efeito substitutivo

O efeito substitutivo importa na substituição do acórdão recorrido pelo acórdão proferido no julgamento do recurso naquilo que tenha sido objeto de impugnação¹²⁰⁷. Na concepção de Araken de Assis, pode ser definido como “a eliminação retroativa do ato objeto do recurso e a colocação, em seu lugar, de ato emanado do órgão *ad quem*”¹²⁰⁸.

Leciona José Carlos Barbosa Moreira que, dada a impossibilidade de coexistirem duas decisões de mesmo objeto, “o julgamento proferido pelo órgão *ad quem* necessariamente *substitui* a decisão recorrida, nos limites da impugnação – ou, em termos mais exatos, nos limites em que dela conheceu o tribunal do recurso [Grifos do autor]”¹²⁰⁹. Trata-se, na verdade, de efeito

¹²⁰⁶ Impende reproduzir o dispositivo: “o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁰⁷ O efeito substituto está previsto expressamente no artigo 1.008, do CPC/2015, *in verbis*: “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁰⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 8. ed., p. 317.

¹²⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 268.

correlato ao efeito devolutivo, de modo que um permite o reexame (a devolução da matéria ao órgão julgador) e, outro, opera a *sobreposição* de uma decisão sobre a outra.¹²¹⁰

Pressuposto à verificação do efeito substitutivo é a admissão do recurso.¹²¹¹ É que, não ultrapassado o juízo de admissibilidade, não há que se falar em substituição porque o mérito recursal sequer foi apreciado. Como aduz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,

Dado ou negado provimento aos embargos de divergência, o que implica o julgamento do seu mérito, o acórdão embargado (não aquele, proferido noutro processo, do qual ele divergiu) é substituído, na conformidade do art. 512, como não acontece se não se conhecer dos embargos.¹²¹²

Assim, admitido o recurso e apreciado o seu mérito, opera-se o efeito substitutivo e o que transita em julgado, no ponto impugnado, é o acórdão proferido no julgamento do recurso (e não o acórdão recorrido). Na realidade, o enfrentamento do mérito recursal impede que a decisão recorrida transite em julgado, mesmo na hipótese de desprovimento do recurso.¹²¹³ Em

¹²¹⁰ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 341.

¹²¹¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*, p. 36. Também nesse sentido, aduz Cândido Rangel Dinamarco que “o conhecimento do recurso importa sempre a substituição do ato sujeito a ele (CPC, art. 512) – e isso sucede ainda quando o tribunal nega provimento ao recurso, *confirmando* o ato recorrido)” (Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 85, p. 390-423, mar. 2002. p. 394).

¹²¹² Conforme discorre Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “dado ou negado provimento aos embargos de divergência, o que implica o julgamento do seu mérito, o acórdão embargado (não aquele, proferido noutro processo, do qual ele divergiu) é substituído, na conformidade do art. 512, como não acontece se não se conhecer dos embargos” (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 539 a 565, p. 194).

¹²¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 269.

razão disso, Nelson Nery Junior conclui que a decisão do juízo *ad quem* que altera ou mantém a decisão vergastada possui natureza *constitutiva*¹²¹⁴.

Pode ocorrer, todavia, de o recurso ser, em parte, inadmitido. Especificamente nesse ponto, não será verificado o efeito substitutivo, permanecendo incólume a decisão recorrida.¹²¹⁵ Em se tratando de embargos de divergência, poder-se-ia imaginar a hipótese de o recurso ser interposto com fulcro em duas questões de direito diversas, alvo de dissidências jurisprudenciais endógenas a um tribunal superior. Nesse caso, poderia o tribunal admitir o recurso no que concerne à primeira divergência suscitada, mas inadmiti-lo quanto à segunda, sob o argumento de não ter a parte realizado o cotejo analítico de forma adequada.

A importância do efeito substitutivo, então, reside na definição da decisão que prevalece, com todas as consequências daí advindas – notadamente, o trânsito em julgado e o cumprimento definitivo de sentença.

3.5.7 Efeito expansivo

O efeito expansivo, a exemplo do efeito translativo, decorre da devolutividade recursal e consiste na extrapolação de efeitos da decisão proferida no julgamento do recurso para além das partes e da matéria impugnada.¹²¹⁶ Assim, pode-se falar em efeito expansivo *subjetivo* no caso de a decisão atingir terceiros ou litisconsortes¹²¹⁷ e em efeito expansivo *objetivo* no caso de a decisão atingir outros atos processuais.¹²¹⁸

¹²¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 263.

¹²¹⁵ Aduz Flávio Cheim Jorge que “a substituição será, por sua vez, parcial se nem todo o conteúdo da decisão inferior for abrangido pela impugnação ou se o órgão *ad quem* conhecer parcialmente do recurso. Nesses dois casos, a parte não impugnada da decisão e a parte da decisão, objeto do recurso, não conhecido pelo tribunal, permanecerão intocáveis” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 93).

¹²¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*, p. 81.

¹²¹⁷ Nos casos de litisconsórcio unitário, por exemplo, não é viável distinguir a solução jurídica dada a cada um dos litisconsortes – ainda que o recurso tenha sido interposto por apenas um deles – porque nesse caso impera a “intransponível barreira da incidibilidade das situações

Especificamente quanto aos embargos de divergência, há efeito expansivo subjetivo nos casos de litisconsórcio¹²¹⁹ (assim como nos demais recursos) quando o recurso de um aproveita aos demais litisconsortes¹²²⁰. Outro exemplo, mencionado por Fredie Didier Jr. e por Leonardo Carneiro da Cunha seria a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça que provoca a interrupção do prazo para interposição de recurso extraordinário para ambas as partes¹²²¹.

O efeito expansivo objetivo, por sua vez, é de mais difícil visualização. Na tentativa de exemplificar, Marcelo Pires Torreão menciona o seguinte:

jurídico-materiais, que é a razão de ser e o fundamento da unitariedade”, como leciona Cândido Rangel Dinamarco (Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 85, p. 390-423, mar. 2002. p. 405).

¹²¹⁸ Lecionam Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz que “haverá efeito expansivo objetivo sempre que a decisão do recurso modificar uma parte do provimento recorrido que guarde relação de prejudicialidade com outros atos, ainda que não diretamente enfrentados na impugnação. [...] Sobrevivem, apenas, os capítulos autônomos, pois os que conflitam com o acertado em sede recursal devem se adequar, sob pena de o provimento final carecer de coerência” (*Manual dos recursos cíveis*, p. 81).

¹²¹⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 180. Destaca o autor que quando se tratar de “litisconsórcio necessário, o recurso terá de aproveitar sempre aos não recorrentes. Se tão íntima é a conexão dos interesses, que à sentença se torna impossível separá-los, evidentemente o provimento do recurso de um dos autores ou réus reflete-se, nas suas vantagens, sobre os demais. E esse é um imperativo da natureza do direito ajuizado” (*Idem*).

¹²²⁰ Eis o que dispõe o artigo 1.005, do CPC/2015: “o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²²¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 148.

Apesar de incomum, é possível imaginar pelo menos uma circunstância em que o julgamento dos embargos de divergência será acompanhado de efeito expansivo objetivo. Cita-se a hipótese em que, pela superveniência de fato relevante, a corte superior decidir além do objeto dos embargos de divergência para apreciar questão referente a fato posterior. Essa possibilidade encontra amparo nos artigos 141, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e no artigo 115 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.¹²²²

Outra classificação encampada pela doutrina divide o efeito expansivo em horizontal e vertical. Enquanto a dimensão horizontal autorizaria o enfrentamento de “questões novas, como as de ordem pública e os pedidos que não chegaram a ser enfrentados pelo julgado recorrido (art. 1.013, § 2º)”, a dimensão vertical atém-se às “questões precedentes levantadas no processo e que interferem, ou deveriam interferir, em caráter prejudicial, na decisão recorrida (art. 1.013, § 1º)”¹²²³. Ambas, no entanto, são dimensões do efeito pelo prisma objetivo.

De qualquer forma, é importante ter em mente que o efeito expansivo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, constitui exceção porque, em regra, a interposição do recurso perpetra efeitos tão só ao recorrente, nos limites da impugnação¹²²⁴.

Expostas as nuances dos efeitos recursais, com ênfase nos embargos de divergência, passa-se, agora, a abordar aspectos

¹²²² TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*, p. 50-51.

¹²²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 1007. A propósito, pontua o autor que a regra encontra-se atrelada, na origem, ao recurso de apelação, “mas sua extensão para os recursos especial e extraordinário se impõe, visto que também nestes o tribunal *ad quem*, uma vez admitido o apelo, terá de ‘julgar o processo, aplicando o direito’ (NCPC, art. 1.034, *caput*) [Grifos do autor]” (*Idem*).

¹²²⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 63.

relativos ao seu procedimento nos âmbitos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3.6 ASPECTOS ATINENTES AO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

O procedimento dos embargos de divergência é regulado pelos regimentos internos dos respectivos tribunais, por expressa delegação legal¹²²⁵. Assim, os artigos 330 a 336 do RISTF se destinam à disciplina do recurso no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça as previsões encontram-se nos artigos 266 e 267 do RISTJ.

A seguir, passa-se a discorrer sobre o processamento dos embargos de divergência e suas peculiaridades em cada tribunal, abordando também questões enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência, em especial quanto ao julgamento do recurso.

Inicia-se, assim, com a distribuição do recurso, a possibilidade de requerer tutela provisória recursal e a instauração do contraditório (mediante intimação do recorrido para apresentar contrarrazões). Ato contínuo passa-se a abordar distintos aspectos: a competência para o julgamento dos embargos de divergência (nos âmbitos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal); a necessidade de inclusão do recurso em pauta para julgamento; a possibilidade de sustentação oral; a impossibilidade de julgar o recurso de forma monocrática; a viabilidade de julgar o recurso sob o rito de recursos repetitivos; a desistência dos embargos de divergência pelo recorrente e o julgamento do direito em tese; a vedação ao reexame de fatos e

¹²²⁵ O artigo 1.044, *caput*, do CPC/2015 prevê que “será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016). Aliás, também o CPC/1973 relegava aos regimentos internos dos tribunais a disciplina do procedimento dos embargos de divergência aos regimentos internos dos dois tribunais, o que é visto com acerto por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda “inclusive porque esse recurso não se restringe à jurisdição civil, cabendo também noutras matérias, que escapam do alcance do CPC (art. 1º)” (*Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 539 a 565, p. 194-195).

provas; a apreciação de questões de ordem pública; o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e a fixação de tese não suscitada no recurso; a majoração dos honorários advocatícios; e, por fim, as características do acórdão que julga os embargos de divergência.

3.6.1 Distribuição do recurso e juízo prévio de admissibilidade

Interpostos os embargos de divergência, serão juntados aos autos independentemente de despacho¹²²⁶ e distribuídos, por sorteio¹²²⁷, a um relator diverso do que julgou o recurso especial ou o recurso extraordinário. Essa previsão, insculpida tanto no RISTJ (artigo 78¹²²⁸) quanto no RISTF (artigo 76¹²²⁹) é importante para que a questão de fato seja submetida a nova apreciação, sob a relatoria de outro ministro, a fim de garantir inclusive a imparcialidade do novo julgamento¹²³⁰.

¹²²⁶ Na dicção do artigo 266-B, do RISTJ, e do artigo 334, do RISTF.

¹²²⁷ Prevê o artigo 74, do RISTJ, que “no caso de embargos de divergência, apenas se fará o sorteio de novo relator” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹²²⁸ Dispõe o artigo 78 do RISTJ que “se a decisão embargada for de uma Turma, far-se-á distribuição dos embargos dentre os Ministros da outra; se da Corte Especial, serão excluídos da distribuição o relator e o revisor” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹²²⁹ O artigo 76 do RISTF prevê que “se a decisão embargada for de uma Turma, far-se-á a distribuição dos embargos dentre os Ministros da outra; se do Plenário, serão excluídos da distribuição o Relator e o Revisor” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹²³⁰ Na dicção de Jônatas Milhomens, “o sorteio completa a garantia de não-arbitrio” (*Dos recursos cíveis*: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário, p. 328). Caso o recurso fosse distribuído, por prevenção, ao mesmo ministro relator do recurso especial ou do recurso extraordinário, haveria grande tendência à manutenção da interpretação exarada no

Compete ao relator, em caráter preliminar e provisório¹²³¹,
examinar os requisitos de admissibilidade do recurso¹²³².

acórdão recorrido – o que comprometeria, sobremaneira, a função exercida pelos embargos de divergência no direito brasileiro.

¹²³¹ Diz-se em caráter provisório porquanto essa análise não gera preclusão *pro judicato*, de forma que o órgão colegiado competente poderá, quando do julgamento do recurso, reapreciar a confluência dos pressupostos de admissibilidade recursal. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO RELATOR. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. [...]. 1. A decisão que admite o processamento dos embargos de divergência não impede o Relator de, no momento da prolação da decisão definitiva, proceder a um novo exame sobre os requisitos de admissibilidade do recurso. Preclusão *pro judicato* inexistente. Precedentes. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.446.201/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 agosto 2016. Publicação 19.09.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400731712&dt_publicacao=19/09/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016). Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que o próprio relator, depois de realizar o juízo prévio de admissibilidade e oportunizar o contraditório, negue seguimento ao recurso em nítida reanálise dos pressupostos recursais. Eis o que se infere do excerto a seguir, extraído de acórdão proferido pela Corte Especial: “não se pode falar em superação da fase de conhecimento dos embargos de divergência quando há mera admissão para processamento. Tanto o relator quanto o órgão colegiado podem rever os requisitos de admissibilidade, sem que se comprometam os princípios da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.068.449/RJ. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro 2012. Publicação 01.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000747548&dt_publicacao=01/02/2013>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹²³² Nos termos do artigo 335, do RISTF, “interpostos os embargos, o Relator abrirá vista ao recorrido, por quinze dias, para contrarrazões. § 1º Transcorrido o prazo do *caput*, o Relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em:

Diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, em que o relator dos embargos de divergência analisa os pressupostos recursais, no Supremo Tribunal Federal essa aferição é feita pelo relator do acórdão embargado, nos termos do artigo 335, § 1º, do RISTF. Assim, só após a admissão do recurso e a intimação do embargado para contrarrazoar é que os embargos de divergência são distribuídos ao relator do órgão colegiado competente para o seu julgamento, conforme se extrai do artigo 335, § 3º, do RISTF.

Independentemente das peculiaridades de cada tribunal, no exame prévio de admissibilidade, a presença dos requisitos acarreta a admissão dos embargos, prosseguindo-se o seu processamento. Caso contrário – isto é, caso não se constate o preenchimento dos requisitos –, impende verificar se o vício é sanável ou não. Na primeira hipótese, o relator deve intimar o recorrente para saná-lo¹²³³; na segunda, pode inadmitir o recurso de forma monocrática, observando o dever de fundamentação¹²³⁴.

Vale destacar que, embora a Lei n. 13.256/2016 tenha suprimido o § 5º do artigo 1.043, que trazia, em seu bojo, previsão específica do dever de fundamentação nos casos em que inadmitidos os embargos de divergência¹²³⁵, tal dever deflui da

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹²³³ Nos termos do artigo 932, parágrafo único, e do artigo 1.029, § 3º, ambos do CPC/2015.

¹²³⁴ Como bem destacado por Pedro Miranda de Oliveira, previamente à Lei n. 13.256/2016, “no CPC em vigor o legislador criou regra própria, para dispor que é vedado à autoridade judicial inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, pois esse motivo se prestaria a justificar qualquer outra decisão. É necessário, portanto, que o órgão julgador demonstre fundamentadamente a existência da distinção fática do acórdão impugnado e do paradigma” (Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1547).

¹²³⁵ Eis o teor do artigo 1.043, § 5º, na versão final do CPC/2015: “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” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

própria Constituição Federal (artigo 93, inciso IX), o que por si só torna obrigatória sua observação pelos magistrados¹²³⁶. Ainda, em nítido caráter pedagógico, o CPC/2015 fez questão de reproduzir o preceito constitucional em seu artigo 489, exemplificando o que se considera uma decisão fundamentada e o que não preenche tal exigência.

Claro que o parágrafo revogado, como uma previsão específica no âmbito dos embargos de divergência, reforçaria o dever de fundamentar aos tribunais superiores – que, historicamente, não hesitam em aventar óbices à apreciação dos recursos que lhes são submetidos. Não obstante o § 5º tenha sido suprimido pela Lei n. 13.256/2016, fato é que a decisão de inadmissão dos embargos de divergência deve ser fundamentada¹²³⁷, a fim de oportunizar que as partes (a parte embargante, principalmente) conheçam as razões pelas quais o recurso foi inadmitido.¹²³⁸

Contra decisão que inadmite o recurso, cabe agravo interno¹²³⁹, cuja apreciação compete ao órgão colegiado.¹²⁴⁰ No entanto, há que se proceder com cautela ao interpor agravo interno, pois se o recurso for declarado manifestamente

¹²³⁶ No mesmo sentido, aduzem Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* que “o fato de ter sido revogado pela Lei 13.256/2016 nada significa. A regra permanece no sistema. Onde, aliás, já estava, mesmo antes de o art. 489, § 1º, entrar em vigor, já que se trata de garantia constitucional” (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1698). Eis, também, o que defendem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1123-1124).

¹²³⁷ É dizer: para que a decisão seja fundamentada, não basta simplesmente consignar que não há divergência; é necessário relacionar os acórdãos confrontados e elucidar a razão pela qual as conclusões neles consubstanciadas não se prestam a configurar uma divergência, por exemplo.

¹²³⁸ No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 395.

¹²³⁹ Conforme prevê o artigo 1.021, do CPC/2015, bem como o artigo 335, § 2º, do RISTF, e o artigo 259, do RISTJ.

¹²⁴⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*, p. 224.

inadmissível ou improcedente em votação unânime, poderá o agravante ser condenado ao pagamento de multa¹²⁴¹⁻¹²⁴², a ser fixada entre um e cinco por cento sobre o valor atualizado da causa.

¹²⁴¹ A título de exemplo, cita-se o acórdão a seguir, em que o Superior Tribunal de Justiça condenou o agravante ao pagamento de multa, nos termos do artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA LOCAL. PRAZO PARA PROTOCOLIZAÇÃO DE PEÇAS PROCESSUAIS. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC. 1. Nos termos do art. 172, § 3º, do CPC, há possibilidade de que lei de organização judiciária local adote diretrizes próprias quanto ao horário do protocolo, excepcionando a regra do caput, que prevê que a protocolização de petições e recursos deve ser efetuada em dias úteis, das seis às vinte horas. 2. É intempestivo o recurso interposto no último dia do prazo após o encerramento do expediente forense regulamentado pela legislação local do Tribunal do Estado do Piauí, estando o plantão judiciário reservado para medidas urgentes. 3. Agravo interno não provido, com aplicação de multa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgRg nos EREsp n. 1.341.710/PI. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 28.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300348516&dt_publicacao=28/11/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016).

¹²⁴² O mesmo ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando a pretensão da parte recorrente é rediscutir o mérito em sede de agravo interno: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO OBJETO DO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO PROTETÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. NÃO CONHECIMENTO” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no ARE n. 732.116. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 19 agosto 2015. Publicação 14.10.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9575465>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

Por outro lado, a decisão que admite o recurso é irrecurável¹²⁴³, de forma que o embargado não pode interpor agravo interno¹²⁴⁴, mas, sim, declinar os motivos que acarretam inadmissão do recurso em suas contrarrazões¹²⁴⁵ – as quais serão apreciadas com os embargos de divergência no julgamento do recurso. Não é demais lembrar que o juízo de admissibilidade feito pelo relator é provisório, podendo o órgão julgador competente reapreciá-lo no julgamento do recurso.

O artigo 266-C do RISTJ prevê que o relator “poderá indeferir os embargos de divergência liminarmente se

¹²⁴³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 153. No mesmo sentido, aduzem Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim que a “decisão que admite embargos de divergência não enseja agravo interno (regimental), porque faltaria interesse ao embargado: a questão será examinada perante o órgão *ad quem*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1291).

¹²⁴⁴ Eis o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, como se extrai do acórdão assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE AUTORIZA O PROCESSAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Não cabe agravo regimental contra a decisão que determina o processamento para discussão de embargos de divergência. A exemplo do que ocorre com a decisão que, provendo agravo, ordena a subida do recurso especial, os requisitos de admissibilidade serão reavaliados pelo órgão competente para o julgamento do recurso. 2. Agravo regimental não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.193.789/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti. Relatora para Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 novembro 2014. Publicação 04.03.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303945249&dt_publicacao=04/03/2015>. Acesso em: 4 jan. 2017).

¹²⁴⁵ Em comentários ao CPC/1973, aduz Jônatas Luiz Moreira de Paula que “o recorrido deverá demonstrar a inexistência dos elementos recursais ou o não-preenchimento dos pressupostos e requisitos recursais. No mérito deverá argumentar a relação de impertinência entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, bem como demonstrar a inexistência de dissídio jurisprudencial. Também poderá juntar documentos e cópias de acórdãos que entender convenientes” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 444 a 565. Barueri: Manole, 2005. v. 5).

intempestivos ou se não comprovada ou não configurada a divergência jurisprudencial atual”¹²⁴⁶. Esse “indeferimento” deve ser entendido como inadmissão do recurso e pode ocorrer ante a ausência de qualquer pressuposto recursal – ressalvada, é claro, a possibilidade de sanar os vícios.

O mesmo artigo autoriza que o relator negue provimento aos embargos de divergência caso a tese recursal contrarie entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo, de repercussão geral ou incidente de assunção de competência; súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; ou jurisprudência dominante sobre o tema.

Por ora, a análise se limitará a constatar que o RISTJ reproduz as hipóteses previstas no artigo 932, inciso IV, do CPC/2015, que autorizam o desprovimento do recurso monocraticamente pelo relator. Outras considerações e críticas a respeito – notadamente, quanto ao julgamento monocrático dos embargos de divergência – serão tratadas na seção 3.6.5.

3.6.2 Pedido de tutela provisória recursal

Nos casos em que houver probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o recorrente pode requerer tutela provisória de urgência recursal, tanto para antecipar os efeitos da tutela pretendida (tutela provisória de urgência antecipada) quanto para sustar a eficácia do acórdão recorrido (tutela provisória de urgência cautelar)¹²⁴⁷. O pedido, endereçado ao órgão jurisdicional competente para apreciar o

¹²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/articula/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹²⁴⁷ O CPC/2015 mantém a classificação das tutelas de urgência em cautelar e antecipada, conforme se prestem à asseguaração do direito material ou à antecipação dos seus efeitos. Assim, como bem consigna Flávio Cheim Jorge, “se a pretensão do recorrente for a de impedir que a decisão produza eficácia até o julgamento do recurso, por certo que se trata de provimento de natureza cautelar. Contudo, se pretender obter aquela pretensão que lhe foi negada, bem como retirar o efeito suspensivo legal do recurso, se estará diante de provimento de natureza antecipatória” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 413).

mérito dos embargos de divergência, será analisado pelo relator¹²⁴⁸.

Considerando-se que os embargos de divergência não têm efeito suspensivo automático, como já abordado na seção 3.5.5, o pedido de tutela provisória constitui expediente indispensável à suspensão dos efeitos do acórdão recorrido. Assim, o CPC/2015 eliminou a necessidade de medida cautelar para fins de obtenção de efeito suspensivo no âmbito recursal – bastando, na atual sistemática, simples petição intermediária.

A tutela de urgência, é oportuno salientar, pode ser requerida tanto nas próprias razões recursais quanto por petição em apartado, até mesmo antes da interposição dos embargos de divergência – caso a urgência seja tal a ponto de sequer se poder esperar a distribuição do recurso. Na segunda hipótese, o ministro, a quem for distribuído o pedido de tutela de urgência recursal, ficará prevento para apreciar o mérito dos embargos de divergência.¹²⁴⁹

Caso o pedido de tutela provisória recursal seja indeferido, poderá o embargante interpor agravo interno contra a decisão monocrática do relator, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015. No entanto, caso haja o deferimento do pedido, o interesse recursal assistirá ao embargado, para fins de interposição de agravo interno. Assim, na mesma oportunidade em que for intimado para apresentar contrarrazões aos embargos de divergência, será o embargado intimado da decisão que deferiu a tutela provisória recursal, contra a qual poderá se insurgir.

¹²⁴⁸ Prevê o artigo 288, § 2º, do RISTJ, que “o relator poderá apreciar a liminar e a própria tutela de urgência, ou submetê-las ao Órgão Julgador competente” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/Regimento/articula/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹²⁴⁹ Conforme previsto no artigo 299 do CPC/2015: “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

3.6.3 Instauração do contraditório: intimação do embargado para apresentar contrarrazões

Admitidos os embargos de divergência e apreciado eventual pedido de tutela provisória recursal, o relator deve oportunizar o contraditório¹²⁵⁰, abrindo vista ao embargado para apresentar impugnação. Eis o momento oportuno para que o embargado suscite fundamentos hábeis a provocar a inadmissão do recurso e/ou seu desprovimento, contrariamente à pretensão do embargante. Por isso a necessidade de a decisão de admissão ser “concisamente motivada”, com menção expressa aos “efeitos da interposição”¹²⁵¹: o embargado precisa saber, de antemão, as razões que culminaram na admissão do recurso e quais serão os efeitos que decorrerão da sua interposição.

O embargado terá prazo de 15 (quinze) dias úteis para apresentar contrarrazões – portanto, prazo equivalente ao previsto no CPC/2015 para a interposição dos embargos de divergência. Vale salientar que nem sempre houve essa equiparação; foi o CPC/1973 que “consagrou o princípio da igualdade entre recorrente e recorrido, que passaram a ter prazos idênticos, para interpor o recurso e para responder, respectivamente”¹²⁵² – revogando, por consectário, a previsão outrora insculpida no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que fazia alusão a prazo de 10 (dez) dias.

Apresentadas as contrarrazões no prazo previsto em lei, ou decorrido o lapso temporal *in albis*, “serão os autos conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento” (conforme artigo 267 do RISTJ). Caso configurada alguma das

¹²⁵⁰ Leciona Emilio Betti que “o contraditório constitui assim o necessário complemento e corretivo da iniciativa das partes no processo, no sentido que, agindo cada uma parte por seu próprio interesse, só a atividade combinada de ambas serve ao fim do processo [Tradução nossa]” (*Diritto processuale civile italiano*, p. 88-89). No original: “*Il contraddittorio costituisce così il necessario complemento e corretivo della iniziativa di parte nel processo, nel senso che, agendo ciascuna parte per il proprio interesse, solo l'attività combinata di entrambe serve al fine del processo*”.

¹²⁵¹ ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1292.

¹²⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 376.

hipóteses previstas no artigo 178 do CPC/2015, necessária se faz a intimação do Ministério Público Federal para intervir¹²⁵³ mediante manifestação.

3.6.4 Competência para o julgamento do recurso

Superadas todas as providências preliminares, o recurso será levado a julgamento pelo órgão colegiado competente. Antes, porém, deve ser incluído em pauta, com pelo menos cinco dias de antecedência em relação à data da sessão¹²⁵⁴, sob pena de nulidade do acórdão que julgar os embargos de divergência¹²⁵⁵.

O julgamento dos embargos de divergência interpostos no âmbito do Supremo Tribunal Federal compete ao Plenário¹²⁵⁶, eis que, considerando a composição deste tribunal, a divergência será verificada entre as duas turmas que o compõem, ou entre uma das turmas e o Plenário. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência podem ser julgados pelas seções¹²⁵⁷.

¹²⁵³ Também o artigo 266-D, do RISTJ, prevê que “o Ministério Público, quando necessário seu pronunciamento sobre os embargos de divergência, terá vista dos autos por vinte dias” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹²⁵⁴ Conforme previsto nos artigos 934 e 935, do CPC/2015.

¹²⁵⁵ Eis o que restou consignado no Enunciado n. 84, aprovado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a ausência de publicação da pauta gera nulidade do acórdão que decidiu o recurso, ainda que não haja previsão de sustentação oral, ressalvada, apenas, a hipótese do §1º do art. 1.024, na qual a publicação da pauta é dispensável” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 84*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

¹²⁵⁶ A competência está prevista no artigo 6º, inciso IV, do RISTF: “também compete ao Plenário: [...] IV – julgar, em grau de embargos, os processos decididos pelo Plenário ou pelas Turmas, nos casos previstos neste regimento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹²⁵⁷ Nos termos do artigo 12, parágrafo único, inciso I, do RISTJ, “compete, ainda, às Seções: I - julgar embargos de divergência, quando

(se a divergência for entre turmas pertencentes à mesma seção temática, ou entre uma turma e a seção que integra) ou pela Corte Especial¹²⁵⁸ (em se tratando de divergência entre seções, entre turmas vinculadas a diferentes seções, entre turma de uma seção e outra seção e entre turma/seção e a Corte Especial).

Contudo, na hipótese de o recorrente suscitar mais de um acórdão paradigma com diferentes proveniências, pode ocorrer cisão de julgamento¹²⁵⁹. Pode-se pensar, por exemplo, na hipótese

as Turmas divergirem entre si ou de decisão da Seção que integram” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹²⁵⁸ Dispõe o artigo 11, do RISTJ: “compete à Corte Especial processar e julgar: [...] XIII - os embargos de divergência, se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, entre Seções, entre Turma e Seção que não integre ou entre Turma e Seção com a própria Corte Especial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹²⁵⁹ Nesses casos, o órgão fracionário não competente para apreciar a divergência (por exemplo, a seção que não tem competência para apreciar o paradigma oriundo de outra seção – o que incumbiria à Corte Especial do Superior Tribuna de Justiça) não conhece do recurso. Eis o que se infere do acórdão cuja ementa segue colacionada: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO NÃO CONHECIDO, NO ÂMBITO DA CORTE ESPECIAL, QUANTO A UM DOS PARADIGMAS (PROFERIDO PELA TERCEIRA TURMA). DETERMINADA A REMESSA À PRIMEIRA SEÇÃO PARA JULGAR OS EMBARGOS NO QUE CONCERNE AO PARADIGMA ORIUNDO DA PRIMEIRA TURMA. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, NO PONTO ESPECÍFICO, NÃO JULGA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA DA TERCEIRA TURMA QUE VERSA SOBRE QUESTÃO DIVERSA, BEM COMO ADENTRA AO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inexiste qualquer contradição no fato de a decisão agravada não ter conhecido dos embargos de divergência, naquilo que lhe competia examinar o cabimento no âmbito da Corte Especial e, quanto a um dos paradigmas invocados (oriundo da Primeira Turma), ter determinado a remessa dos autos à Primeira Seção desta Corte para exame. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

de o acórdão embargado ser oriundo da primeira turma, vinculada à primeira seção do Superior Tribunal de Justiça; o primeiro acórdão paradigma ser da segunda turma, também vinculada à primeira seção; e o segundo acórdão paradigma ter como origem a terceira turma, vinculada à segunda seção. Nesse caso, competirá à primeira seção apreciar a divergência instaurada entre o acórdão embargado e o primeiro acórdão paradigma; e caberá à Corte Especial analisar a dissidência entre o acórdão embargado e o segundo acórdão paradigma. À luz da jurisprudência, então, os embargos devem ser remetidos inicialmente, à Corte Especial e, após, à primeira seção, para apreciação dos paradigmas remanescentes¹²⁶⁰.

Na sessão de julgamento, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, as partes (embargante e embargado) poderão, por meio de seus procuradores, sustentar oralmente as razões que embasam a insurgência recursal e a impugnação, respectivamente, pelo prazo improrrogável de quinze minutos (artigo 937, inciso V, do CPC/2015). Faculta-se, inclusive, que os procuradores façam suas

AgInt nos EREsp n. 1.445.348/CE. Relator Ministro Og Fernandes. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 24.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400689403&dt_publicacao=24/11/2016>. Acesso em: 28 dez. 2016).

¹²⁶⁰ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PARADIGMAS ORIGINÁRIOS DE TURMAS DA MESMA SEÇÃO E DE SEÇÃO DIVERSA. CISÃO DE JULGAMENTO. PRIMAZIA DA CORTE ESPECIAL. POSTERIOR REMESSA À SEÇÃO COMPETENTE EM RELAÇÃO AOS PARADIGMAS REMANESCENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 266 DO RISTJ. TÉCNICA DE CONHECIMENTO. REVISÃO. INVIABILIDADE. [...] 2. Suscitada a divergência com paradigmas de turmas da mesma seção e de seção diversa daquela de que provém o acórdão embargado, dá-se a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial e posterior remessa à seção competente em relação aos demais paradigmas. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.548.898/SP. Relator Ministro Humberto Martins. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 24.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500620714&dt_publicacao=24/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

sustentações por videoconferência¹²⁶¹, desde que observadas as exigências e os procedimentos específicos de cada tribunal.

Delineado o iter procedimental dos embargos de divergência, passa-se, oportunamente, ao enfrentamento de questões mais densas, que merecem uma releitura à luz da nova sistemática processual civil e à luz da própria Constituição Federal.

3.6.5 Julgamento do recurso de forma monocrática

A seção 3.6.1 faz uma breve incursão nos poderes do relator e seus reflexos no âmbito dos embargos de divergência. Com espeque no artigo 932 do CPC/2015 e no regimento interno dos tribunais^{1262_1263}, pode o relator não só examinar a confluência dos requisitos de admissibilidade como também enfrentar o mérito recursal, provendo ou desprovendo o recurso nas situações elencadas na lei.

¹²⁶¹ Eis o que prevê o artigo 937, § 4º do CPC/2015: “é permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão” (Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

¹²⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565, p. 362. Diz o autor que “como prevê o art. 266, § 3º, do RISTJ, que está de acordo com a regra do art. 557, deste Código [1973], o relator pode indeferir liminarmente os embargos, por intempestividade, ou ausência de qualquer outro requisito de admissibilidade, ou até mesmo julgá-los no mérito, desde que configurada uma das hipóteses previstas no art. 557, *caput* e no seu § 1º-A” (*Idem*).

¹²⁶³ BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 496 a 565, p. 344. Destaca o autor que “o art. 22 do Regimento Interno [do STF] permite ao relator julgar prejudicado o recurso que manifestamente haja perdido o objeto (inciso IX) e arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (§ 1º). Desse despacho caberá agravo regimental (Regimento Interno, art. 300)” (*Idem*).

A questão, porém, não mereceria maiores digressões se o escopo do presente trabalho fosse a análise de qualquer outro recurso, haja vista que os poderes do relator, há muito, estão sedimentados no processo civil brasileiro¹²⁶⁴, inclusive como alternativa para o desafogamento dos tribunais, cada vez mais atabalhoados. Contudo, entende-se que o mesmo tratamento não se pode dispensar aos embargos de divergência, sob pena de se estimular a jurisprudência defensiva nos tribunais superiores e, pior: sob pena de fulminar – ou infirmar sobremaneira – a importância que este recurso desempenha na ordem jurídica brasileira.

Em regra, os recursos devem ser julgados pelo respectivo órgão colegiado, como exige o princípio da colegialidade. Contudo, as sucessivas alterações legislativas que contemplaram a possibilidade de julgamento monocrático excepcionaram a regra, tornando-se prática bastante comum no âmbito recursal. Inclusive, a pecha de inconstitucionalidade – cogitada, à época – foi afastada sob a premissa de que “a possibilidade de serem proferidas decisões monocraticamente, pelo relator dos recursos, não enseja inconstitucionalidade, *se possível o controle de tal decisão monocrática pelo órgão colegiado a que pertença o*

¹²⁶⁴ Em breve digressão histórica, Flávio Cheim Jorge aduz que “uma análise evolutiva da legislação indica que a primeira a atribuir competência ao relator para o julgamento de mérito foi a Lei 8.038/1990, a qual no seu art. 38 permitiu que o relator dos recursos especial e extraordinário, em determinadas circunstâncias, pudesse julgar o mérito, isoladamente desses recursos. Posteriormente, a Lei 9.139/1995, que instituiu um novo regime ao agravo de instrumento, modificou o art. 557 do CPC/1973, antes restrito apenas ao agravo, e ampliou-o permitindo que os relatores, em quaisquer recursos, negassem seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. A grande e significativa mudança veio com a Lei 8.756/1998, a qual, novamente modificando o art. 557 do CPC/1973. Esse dispositivo conferiu poderes amplos ao relator e demonstrou a tendência já anteriormente manifestada, no sentido de se permitir que o relator, sozinho, faça o julgamento que deveria ser realizado pelo órgão colegiado” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 104).

relator [Grifos dos autores]”¹²⁶⁵. Trata-se, portanto, de questão já superada.

Analisando-se os poderes do relator à luz dos embargos de divergência, chega-se a situações que merecem especial atenção, notadamente tendo em vista o propósito subjacente ao recurso: a tutela do direito objetivo. Com apoio nessa premissa, não se vê óbices à inadmissão do recurso, de forma monocrática pelo relator, nos casos em que estiver ausente algum pressuposto de admissibilidade, o recurso restar prejudicado ou não houver impugnado especificamente os fundamentos do acórdão recorrido – como previsto no artigo 932, inciso III, do CPC/2015.

Contudo, entende-se que a mesma lógica não pode ser aplicada aos casos em que a análise adentra o mérito do recurso – o que deveria competir, tão somente, ao órgão colegiado competente para o enfrentamento da questão de direito. E, nesse ponto, há que se resgatar a função que do recurso no direito brasileiro, não só na esfera processual civil, como – e principalmente – na esfera constitucional.

Os embargos de divergência, último recurso interponível nos tribunais superiores, visam sanar aquilo que constitui uma contradição em termos: a dissidência jurisprudencial endógena às cortes de vértice, constitucionalmente incumbidas de zelar pela unidade do direito. Em outros termos, o recurso se volta à eliminação daquilo que constitui verdadeiro paradoxo: a divergência entre órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A interposição dos embargos de divergência exige requisitos específicos de admissibilidade e o julgamento do recurso ocorre por órgão colegiado competente, conforme a hierarquia entre os órgãos fracionários de cada tribunal. Ora, se a função dos embargos de divergência é justamente conferir unidade ao direito – elidindo a dissidência *interna corporis* e, principalmente, ditando a interpretação que deve prevalecer –, como se pode admitir que o recurso seja julgado tão somente por um ministro?

É difícil concordar com “a possibilidade de relator modificar, isoladamente, uma decisão colegiada”¹²⁶⁶. Mais do que

¹²⁶⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 58.

isso, entende-se que foge à própria lógica dos embargos de divergência – recurso voltado à definição da interpretação acerca de determinada questão de direito – admitir que seu julgamento se dê de forma monocrática. Se o recurso enseja o cumprimento da função precípua aos tribunais superiores e se tem origem exatamente no fracionamento destes tribunais (em órgãos fracionários, que nem sempre refletem a orientação da corte acerca da questão de direito), não se pode concordar com a ideia de que seja julgado por um único ministro. A análise feita por um ministro não pode ser substituída pela do respectivo órgão colegiado, incumbido de julgar os embargos de divergência.

Por esses argumentos, coaduna-se com parte da doutrina que defende ser “inviável que o relator exerça, monocraticamente, o juízo de mérito dos embargos de divergência”¹²⁶⁷. Até porque esse julgamento monocrático “coloca em xeque a finalidade uniformizadora dos embargos”¹²⁶⁸, como pontua Pedro Miranda de Oliveira, à revelia do propósito subjacente ao recurso.

Então, embora se repute aceitável que o relator inadmita embargos de divergência de forma singular, na ausência dos requisitos de admissibilidade (à exceção da ausência de divergência que, conforme já exposto, concerne ao juízo de mérito do recurso), é difícil concordar que ele possa julgar o mérito recursal porque haveria afronta à própria função exercida pelos embargos de divergência no direito brasileiro¹²⁶⁹.

Mas não é essa a orientação prevalecente na jurisprudência dos tribunais superiores, que elucida reiterados julgamentos

¹²⁶⁶ CHEIM JORGE, Flávio. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. p. 35.

¹²⁶⁷ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 403.

¹²⁶⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 1. ed., p. 319.

¹²⁶⁹ Da mesma forma, Sandro Marcelo Kozikoski defende que “a atuação monocrática do relator, baseada no art. 932 do CPC, dar-se-á para os casos de indeferimento liminar dos embargos de divergência, não sendo razoável cogitar da incidência dos incisos IV e V daquele dispositivo legal, haja vista não lhe competir negar provimento ao recurso ou dar-lhe provimento, sob pena de subversão do seu objetivo final, qual seja, uniformizar a divergência jurisprudencial interna da Corte” (*Sistema recursal CPC/2015*: em conformidade com a Lei 13.256, p. 277).

monocráticos em sede de embargos de divergência^{1270_1271}. Resta ao recorrente interpor agravo interno contra o provimento singular a fim de obter uma decisão colegiada, com a participação

¹²⁷⁰ Nesse sentido, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA ACERCA DA MATÉRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES. I - Encontra-se assente nesta Corte, conforme preceituado no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 9.756/98, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com jurisprudência dominante no Tribunal. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 274.508/SP. Relator Ministro Felix Fischer. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 20 março 2006. Publicação 10.04.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201271019&dt_publicacao=10/04/2006>. Acesso em: 2 jan. 2017). Em outro caso: “De acordo com a maioria da Corte Especial, o relator pode, nos embargos de divergência, exercer, monocraticamente, o juízo positivo, a saber, pode ‘dar provimento ao recurso’ (Cód. de Pr. Civil, art. 557, § 1º-A). Votaram vencidos os Ministros Nilson Naves, Fontes de Alencar, Barros Monteiro e Peçanha Martins [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 195.678/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Relator para Acórdão Ministro Nilson Naves. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 11 dezembro 2000. Publicação 01.07.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900708636&dt_publicacao=01/07/2002>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹²⁷¹ O mesmo se verifica no Supremo Tribunal Federal: “Agravo regimental nos embargos de divergência, providos, monocraticamente, para a reforma de decisão proferida em franca contrariedade à jurisprudência desta Suprema Corte. Possibilidade. 1. Conforme a regra constante do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, pode o relator dar provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com jurisprudência dominante deste Supremo Tribunal Federal. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ED nos EDiv no AgRg no RE n. 195.333. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 1 agosto 2011. Publicação 02.09.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626934>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

de todos os membros que compõem o órgão colegiado competente para julgar o recurso, nos termos dos regimentos internos dos tribunais – como visto na seção 3.6.4 deste trabalho.

3.6.6 Julgamento dos embargos de divergência pelo procedimento de recursos repetitivos: EREsp n. 1.403.532/SC

Outra questão de extrema relevância concerne à submissão dos embargos de divergência ao rito aplicável aos recursos repetitivos. Em primeira análise, adstrita aos termos da lei, só se poderia concluir pela impossibilidade, tendo em vista tratar-se de procedimento previsto apenas a recursos especiais e extraordinários. Tanto é que a vasta produção doutrinária acerca dos recursos repetitivos silencia a respeito da aplicação de tal procedimento aos embargos de divergência.

Não obstante a ausência de previsão legal e a ausência de base doutrinária à época, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar questão de ordem nos EREsp n. 1.403.532¹²⁷², manifestou-se pela admissibilidade do julgamento de embargos de divergência segundo o rito dos recursos repetitivos, regulamentado pelo antigo CPC/1973, em seu artigo 543-C, e pela Resolução n. 08/2008-STJ. O julgamento, indiscutivelmente paradigmático, merece ser analisado em minúcias.

A questão de direito objeto da divergência concernia à exigência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na comercialização interna de mercadorias importadas do Exterior e devidamente desembaraçadas. Enquanto o acórdão embargado (oriundo da segunda turma) consignava que incidia IPI tanto no momento do desembaraço aduaneiro, como na operação de revenda, considerando a ocorrência de fatos geradores distintos; o acórdão invocado como paradigma (oriundo da primeira turma) privilegiava o entendimento de que o fato gerador ocorre no desembaraço aduaneiro, sendo inviável nova cobrança de IPI no

¹²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, julgamento em 5 de dezembro de 2014. Publicação 12.12.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42779336&num_registro=201400347460&data=20141212&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2016.

momento da comercialização do produto, sob pena de bitributação. Dada a proveniência dos acórdãos confrontados, a questão foi submetida a julgamento pela primeira seção.

O Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, após admitir o recurso e oportunizar o contraditório, intimando a parte embargada para contrarrazoar, admitiu o processamento dos embargos de divergência como representativo da controvérsia, nos termos do artigo 543-C do CPC/1973 e da Resolução n. 8/2008-STJ (vigentes à época). Isso, sob o argumento de que a controvérsia ainda não havia sido submetida a tal sistemática, “não obstante a multiplicidade de recursos sobre esta matéria que chegam a esta Corte”¹²⁷³. Ato contínuo, o magistrado determinou as providências de praxe – comunicação aos tribunais sobre o teor da decisão e suspensão dos recursos que versassem sobre a mesma questão de direito – e admitiu a participação de entidades na qualidade de *amicus curiae*.

Na sessão de julgamento, a apreciação do recurso foi suspensa em questão de ordem suscitada pela primeira seção, com o intuito de remetê-lo à apreciação da Corte Especial, com o propósito específico de deliberar acerca da admissão ou não de embargos de divergência como representativo da controvérsia. Ao julgar a questão de ordem em 06/05/2015, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, manifestou-se pela possibilidade de julgamento de embargos de divergência segundo o rito aplicável aos recursos repetitivos¹²⁷⁴. Aliás, o tribunal foi além, ao consignar que:

¹²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, julgamento em 5 dezembro 2014. Publicação 12.12.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42779336&num_registro=201400347460&data=20141212&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 29 dez. 2016.

¹²⁷⁴ Impende citar o inteiro teor da ementa do acórdão: “PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SEGUNDO O RITO APLICÁVEL AOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO 8/2008-STJ. PRECEDENTE DA 2a. SEÇÃO: RCL 12.062/GO, REL. MIN. RAUL ARAÚJO, DJe 20.11.2014. 1. O rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ, pode ser adotado em qualquer sede processual, no âmbito do STJ, desde que presentes a pletera de ações e evidenciada a necessidade de adoção de tratamento

O rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ, pode ser adotado em qualquer sede processual, no âmbito do STJ, desde que presentes a pleora de ações e evidenciada a necessidade de adoção de tratamento uniforme a todas às iniciativas processuais recursais ou afins que versem a mesma tese jurídica.¹²⁷⁵

Por fim, prevaleceu o entendimento de que a ausência de previsão específica na lei processual não impede a submissão dos

uniforme a todas às iniciativas processuais recursais ou afins que versem a mesma tese jurídica. 2. A interpretação das regras processuais aplicáveis aos recursos repetitivos não deve ser promovida sob visão ou teleologia restritiva, nem olhando para o passado, de tal modo que se possa garantir o efeito pretendido com a edição da Lei 11.672/2008, ou seja, evitar a desnecessária discussão de teses já pacificadas por esta Corte. 3. A egrégia Segunda Seção deste STJ já inaugurou essa auspiciosa diretriz, assimilando, de maneira proveitosa, a sempre prestante teoria jurídica da analogia juris, apontando que se deve aplicar a mesma solução a situações que sejam idênticas, no plano do Direito, ainda que as regras positivas destinadas a uma ou à outra possam ser distintas. 4. Quando as soluções são elaboradas com base na percepção do Direito, ao invés de elaboradas com suporte restrito nas dicções das regras escritas, obtém-se, com segurança, o aumento do índice de efetividade, legitimidade e de justiça, porquanto, é o Direito - e não as regras - que deve nortear a atividade julgadora; assim, só existe proveito - e nenhum prejuízo - em se processar Embargos de Divergência na sistemática repetitiva. 5. Questão de Ordem que se resolve pela admissibilidade do julgamento de Embargos de Divergência segundo o rito do art. 543-C e da Resolução 8/2008-STJ” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=25/09/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016).

¹²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=25/09/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016..

embargos de divergência ao rito de julgamento de recursos repetitivos – *a priori*, restrito ao recurso especial e ao recurso extraordinário – eis que, nas palavras no ministro relator, “deve-se procurar, em situações assim, atingir o verdadeiro objetivo da jurisdição”¹²⁷⁶.

A propósito, entre os argumentos suscitados no voto vencedor estão as seguintes ponderações: (i) os embargos de divergência provocam um prolongamento do recurso especial; (ii) os embargos de declaração com efeito modificativo ou infringente não possuem respaldo legal, mas se encontram amplamente difundidos na prática forense; (iii) a interposição de embargos de divergência em agravo de instrumento também carece de previsão legal e nem por isso se deixou de admitir o recurso nesses casos.

Assim, invocando a função do Superior Tribunal de Justiça; a pleora de recursos acerca da mesma questão de direito submetidos à sua apreciação; a falibilidade da lei (incapaz de prever todas as situações possíveis e imagináveis); e a aplicação finalística dos preceitos relativos aos repetitivos (adotada no STJ pela segunda seção, em sede de reclamação); a Corte Especial, por maioria, resolveu a questão de ordem pela admissibilidade do julgamento de embargos de divergência segundo o rito do artigo 543-C e da Resolução 8/2008-STJ¹²⁷⁷.

¹²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=25/09/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016.

¹²⁷⁷ Como vencidos, restaram a Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Ministro OG Fernandes. Em seu voto, acompanhado pelo Ministro OG Fernandes, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura exprimiu sua preocupação de “desvirtuar o julgamento do EREsp, porque este tem a sua apreciação restrita ao âmbito da Corte dentro de dois recursos que já foram julgados”. O Ministro Herman Benjamin, em seu voto-vogal, divergiu da Ministra Maria Thereza de Assis Moura sob o argumento de que “não importa se se trata de Embargos de Divergência ou de Recurso Especial. Para fins de repetitivo, o que devemos indagar é se a tese jurídica está posta diante do Tribunal, numa multiplicidade de recursos”. E concluiu seu raciocínio consignando que, dada a “carga absurda do trabalho” que assola o Superior Tribunal de Justiça, “não podemos dar

Entre os votos declarados, figura o do Ministro João Otávio de Noronha, que se posicionou favoravelmente à submissão dos embargos de divergência ao rito dos recursos repetitivos. No seguinte excerto, o ministro sobreleva a função do recurso no direito brasileiro:

[...] a verdade é que o recurso repetitivo está se transformando num recurso de natureza objetiva, tanto é que, mesmo se houver desistência – assim também está no novo Código de Processo Civil –, só a homologamos depois de definida a tese. A preocupação é definir logo a tese para que possamos vincular, de certa forma, os tribunais e os juízos de primeiro grau. A proposta é exatamente esta: estabelecer um efeito vinculante. É isso o que faz o recurso repetitivo, queiramos ou não assim entender, mas é essa a proposta.

No caso, acredito que a adaptação do procedimento em sede de EREsp não prejudica as partes, até porque o recurso repetitivo é julgado de modo muito semelhante ao EREsp que é julgado na Seção.

Portanto, [...] entendo que precisamos avançar nesse sentido. Acompanho o voto do Ministro Relator.¹²⁷⁸

interpretação restritiva a dispositivos que visem precisamente ampliar as possibilidades de resolver de forma massificada milhares de processos que venham ou que possam eventualmente acorrer ao Tribunal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=25/09/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016).

¹²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=25/09/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016.

Julgada a questão de ordem pela Corte Especial do STJ, os embargos de divergência retornaram à primeira seção para julgamento, ocasião em que restou pacificada a dissidência jurisprudencial, fixando-se a seguinte tese: “os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil”¹²⁷⁹.

Afora a pacificação da questão jurídica, o julgamento é paradigmático sob o ponto de vista processual. Soa reprovável em um primeiro momento, justamente em virtude da ausência de previsão legal – a lei processual é expressa ao se referir a recurso especial e a recurso extraordinário repetitivos e em momento algum menciona embargos de divergência ou recurso extraordinário *lato sensu*.

Ademais, a afetação ao procedimento (que se dá de ofício, pelo ministro relator) pressupõe que haja “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais”¹²⁸⁰ e não de processos, em qualquer grau de jurisdição – a exemplo do que se exige, por exemplo, para a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas¹²⁸¹ no âmbito dos tribunais de segundo grau. Também essa formalidade foi relativizada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que aventou a repetição de recursos acerca da mesma questão de direito,

¹²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=18/12/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016.

¹²⁸⁰ Nos termos do artigo 1.036, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁸¹ Prevê o artigo 976, do CPC/2015, que “é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

independentemente de serem recursos especiais ou embargos de divergência.

Em síntese, privilegiou-se o mérito em detrimento da forma, tal qual preconiza o princípio da primazia do mérito recursal¹²⁸², consagrado pelo CPC/2015. Na perspectiva das partes (embargante e embargado), vê-se que a orientação não acarreta prejuízos; seja sob o procedimento de recursos repetitivos ou não, os embargos de divergência serão julgados, perpetrando as respectivas consequências diante do caso concreto. Nem mesmo a participação de *amicus curiae* poderia representar um prejuízo, visto que atua com o intuito de contribuir para o debate da questão jurídica, independentemente de encampar teses favoráveis ao embargante ou ao embargado. Ademais, defende-se que a participação de *amicus curiae* deveria ser admitida também nos embargos de divergência, em especial com a regulamentação conferida pelo CPC/2015 no artigo 138 – como tratado, oportunamente, na seção 3.1.1.2.

Noutra senda, pelo prisma publicístico do processo, é nítido que tanto o julgamento de recursos repetitivos quanto os embargos de divergência se voltam à tutela do direito objetivo.

A diferença é que a lei tratou com maior fôlego as consequências relativas aos recursos repetitivos – desde a sua afetação, com a suspensão de todos os processos¹²⁸³, até o seu

¹²⁸² Em artigo específico dedicado ao assunto, Pedro Miranda de Oliveira consigna que “a prevalência do mérito em detrimento da forma reflete, a nosso ver, a vitória do direito material sobre o direito processual. No âmbito do sistema recursal, o *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal* tem aplicação ainda mais contundente. Está arraigado no espírito do CPC projetado e tem como fundamento teórico um tripé formado pelos seguintes dispositivos legais: (a) art. 4º, que positivou expressamente o princípio da primazia da decisão de mérito; (b) art. 945, parágrafo único, que obriga o relator a intimar o recorrente para sanar eventual vício antes de o recurso ser inadmitido; (c) art. 1.042, § 3º, que permite aos Tribunais Superiores desconsiderar vício formal não grave de recurso tempestivo ou determinar sua correção” (O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 950, p. 107-132, dez. 2014. p. 114).

¹²⁸³ Conforme alteração perpetrada pelo artigo 1.037, inciso II, do CPC/2015, que prevê que “Selecionados os recursos [representativos da

juízo, com a aplicação da tese a todos os processos pendentes – do que as consequências relativas aos embargos de divergência. Em verdade, nem mesmo os regimentos internos dos tribunais superiores – que regulamentam os embargos de divergência – trazem previsões específicas acerca da eficácia das decisões oriundas do julgamento do recurso.

Nesse sentido, entende-se que a solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça – ao afetar os embargos de divergência ao rito dos recursos repetitivos – foi bastante oportuna.¹²⁸⁴ Denota um reconhecimento, pela própria corte, da função que lhe incumbe exercer: conferir unidade ao direito federal.

Na realidade, as consequências oriundas do processamento e do julgamento dos embargos de divergência não deveriam destoar do processamento e do julgamento dos recursos repetitivos; os efeitos deveriam, no mínimo, ser equivalentes (senão mais abrangentes), a fim de manter coerência com a função exercida pelo recurso no direito brasileiro. Se, por um lado, o julgamento de recurso repetitivo pressupõe repetição da questão de direito nos tribunais estaduais (portanto, requer multiplicidade de recursos sobre a mesma questão de direito), os embargos de divergência pressupõem divergência jurisprudencial no âmbito do próprio tribunal superior (o que põe em xeque a própria função da corte e abala sobremaneira a garantia da

controvérsia], o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...] II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁸⁴ Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, invocando o julgado do Superior Tribunal de Justiça, defendem que “havendo vários embargos de divergência sobre o mesmo tema, deve ser adotado o procedimento próprio dos casos repetitivos, escolhendo-se um ou dois deles para análise e julgamento, sobrestando-se os demais, aos quais se aplicará o resultado a que se chegar no julgamento daqueles escolhidos para julgamento por amostragem” (*Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 395).

segurança jurídica). De qualquer forma, tratar-se-á com mais vagar dos efeitos e das consequências dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência na seção 3.8.

3.6.7 Sobrestamento dos embargos de divergência em razão de afetação ao rito de recursos repetitivos

A afetação de recurso especial ou recurso extraordinário ao rito de recursos repetitivos provoca a suspensão de todos os processos pendentes que tratem da mesma questão jurídica. Pelo fato de a lei não restringir a direção desse comando, poder-se-ia concluir que a suspensão se aplica, também, aos processos que estiverem em fase recursal nos tribunais superiores, com embargos de divergência pendentes de julgamento.

A questão já foi enfrentada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, que à luz do CPC/1973 rechaçava o pedido de suspensão sob o argumento de que o comando estatuído no diploma processual voltava-se, tão somente, aos tribunais de origem – sem afetar o processamento de recurso que tramite na corte superior¹²⁸⁵. O óbice concernia à ausência de amparo legal, visto que o artigo 543-C do CPC/1973 versava sobre suspensão dos recursos especiais nos tribunais de segundo grau.¹²⁸⁶

¹²⁸⁵ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SOBRESTAMENTO DECORRENTE DE AFETAÇÃO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. 1. O sobrestamento dos recursos que tratam de idêntica controvérsia, previsto no art. 543-C do CPC, dirige-se aos Tribunais de origem, não atingindo necessariamente os recursos em trâmite nesta Corte Superior. Precedentes. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl nos EAREsp n. 730.421/SC. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 novembro 2016. Publicação 01.12.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501471468&dt_publicacao=01/12/2016>. Acesso em: 2 jan. 2017).

¹²⁸⁶ Como pacificou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.442.743/RS. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 setembro 2014. Publicação 24.09.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401824189&dt_publicacao=24/09/2014>. Acesso em: 2 jan. 2017).

Por força da alteração perpetrada pelo CPC/2015 – que prevê, expressamente, que o relator “determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes”¹²⁸⁷ – o óbice outrora suscitado não mais subsiste, fato que permite concluir ser viável a suspensão inclusive dos processos que se encontram em grau de recurso excepcional (seja em recurso especial, recurso extraordinário ou embargos de divergência). Todavia, ao prever a quem deve ser dirigido o requerimento de prosseguimento do processo – nos casos em que a suspensão ocorrer de forma equivocada – o Código, no artigo 1.037, § 10, inciso IV¹²⁸⁸, refere-se tão somente ao relator, no tribunal superior, de recurso especial e de recurso extraordinário, sem qualquer menção aos embargos de divergência.

Com fulcro na estrita dicção legal, infere-se que a afetação de recursos ao rito dos repetitivos não implica o sobrestamento dos embargos de divergência. De fato, seria inadequado sobrestar embargos de divergência por força de recurso afetado ao rito dos repetitivos, cujo julgamento incumbe, em regra, à seção, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Na verdade, entende-se que, nesses casos, havendo embargos de divergência pendentes de julgamento, sequer se poderia cogitar afetação ao rito de julgamento de recursos repetitivos – dada a preexistência de embargos de divergência cujo propósito é, justamente, promover a eliminação de dissidência jurisprudencial endógena à corte superior, promovendo a uniformização da jurisprudência. Ao se constatar multiplicidade de recursos acerca da mesma questão de direito, mais acertado seria afetar os próprios embargos de divergência ao julgamento de recursos repetitivos (tal qual procedeu o Superior

¹²⁸⁷ Conforme artigo 1.037, inciso II, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁸⁸ Na dicção do dispositivo, “o requerimento a que se refere o § 9º será dirigido: [...] IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

Tribunal de Justiça ao julgar o EREsp 1.403.532/SC, analisado na seção 3.6.6).

Então, não obstante o CPC/2015 ter efetuado modificações no procedimento dos recursos repetitivos, considera-se inadequada a suspensão de processos que se encontrem em fase de embargos de divergência, seja no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, seja no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Entender de maneira contrária importaria admitir a coexistência de dois diferentes meios de promover a uniformização jurisprudencial, o que destoa dos princípios da economia e da celeridade processual tão perseguidos pelo sistema processual civil brasileiro.

3.6.8 Desistência dos embargos de divergência pelo recorrente e julgamento do direito em tese

Na linha de aproximação dos embargos de divergência aos recursos repetitivos, entende-se que, de igual forma, a desistência do embargante não impede o julgamento da questão de direito subjacente ao recurso, por interpretação analógica do artigo 998, parágrafo único¹²⁸⁹, do CPC/2015. De fato, se os embargos de divergência, como recurso excepcional, prestam-se a um duplo fim – tutela do interesse do recorrente (fim mediato) e tutela do direito objetivo (fim imediato) –, então não pode o recorrente, depois de interpor o recurso, impedir a análise da questão jurídica pela corte superior. Essa previsão, vale lembrar, tem origem no julgamento da Questão de Ordem no REsp n. 1.063.343¹²⁹⁰, em

¹²⁸⁹ Prevê o artigo 998, parágrafo único, que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹²⁹⁰ O acórdão foi assim ementado: “Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o

cuja oportunidade a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, indeferiu pedido de desistência formulado pelos recorrentes em dois recursos especiais selecionados como representativos da controvérsia. Argumentou-se, na ocasião, que um ato do recorrente – por vezes, eivado de má-fé – não poderia prejudicar a apreciação da questão de direito pelo tribunal superior¹²⁹¹.

Assim, o entendimento privilegiou o interesse público em detrimento da vontade do recorrente, obrigando-o à manutenção da insurgência recursal¹²⁹². De maneira diversa, o CPC/2015

pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp n. 1.063.343/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro 2008. Publicação 04.06.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801289049&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016).

¹²⁹¹ Importante destacar, do inteiro teor do acórdão, o seguinte excerto, em que se enfrenta a desistência recursal à luz do interesse público subjacente ao julgamento de recursos repetitivos: “Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp n. 1.063.343/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro 2008. Publicação 04.06.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801289049&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016).

¹²⁹² Até porque, como consignou o Ministro Nilson Naves, em seu voto-vista, “se decidirmos sem julgar o especial, estaremos decidindo em tese. E isso não cabe ao Superior, como compete ao Supremo, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp n. 1.063.343/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro 2008. Publicação 04.06.2009. Disponível em:

prevê que eventual desistência recursal, pelo recorrente, não representará óbice à apreciação da questão jurídica cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida ou que for objeto de julgamento de recursos repetitivos. Reputa-se acertada a opção do legislador do CPC/2015, ao resguardar o direito do recorrente de desistir do recurso, mas, ao mesmo tempo, consignar que tal não impede a análise da questão subjacente ao recurso¹²⁹³. Afasta-se, por derradeiro, a colisão de interesses entre o pedido de desistência recursal e o interesse coletivo que caracteriza o julgamento dos processos submetidos ao procedimento de recursos repetitivos. O mesmo deve ser aplicado aos embargos de divergência, a fim de que eventual desistência do recorrente não obste o enfrentamento da questão jurídica nele versada. É que a insurgência recursal manejada pelo jurisdicionado em proveito próprio desperta o interesse público subjacente aos embargos de divergência na medida em que viabiliza o enfrentamento de determinada questão de direito pelos tribunais superiores, com vistas à sua pacificação jurídica.

Defende-se aqui, portanto, interpretação extensiva do artigo 988, parágrafo único, de forma a abarcar, também, os casos em que a desistência aludir a embargos de divergência.

3.6.9 Vedação ao reexame de fatos e provas

Como visto, os embargos de divergência, recurso de estrito direito, não se prestam à correção da justiça do caso concreto mas à definição da correta interpretação da lei. Assim, a exemplo dos demais recursos excepcionais, também há restrição ao

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801289049&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016).

¹²⁹³ Em consonância, aduz Pedro Miranda de Oliveira que, “de um lado, fica clara a tendência de objetivação dos recursos excepcionais e, de outro, garante-se o direito da parte de desistir do recurso” (Evolução do sistema recursal brasileiro: do regulamento 737 ao projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coord.). *Processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 343).

revolvimento de matéria fático-probatória em sede de embargos de divergência.¹²⁹⁴

O assunto exige cautela, a fim de não se incorrer em generalizações. A propósito, vedação a reexame de fatos e provas significa que se deve partir dos elementos fático-probatórios consignados no acórdão recorrido, o que muito difere da total impossibilidade de se versar sobre fatos e provas.¹²⁹⁵ Invariavelmente, o magistrado recorrerá aos fatos, visto não ser possível discutir a correta qualificação jurídica de maneira isolada, dissociada de um substrato fático. Em outros termos, é impossível suscitar a questão de direito versada na lide sem sequer contextualizar (fazer um breve esboço fático). Aos fatos atribui-se a qualificação jurídica¹²⁹⁶ que será discutida nos tribunais superiores, a quem compete promover a uniformização interpretativa.

Poder-se-ia questionar, a essa altura, se a orientação subsiste com as alterações promovidas pelo CPC/2015 quanto ao espectro de devolutividade dos recursos excepcionais, inclusive

¹²⁹⁴ Adverte Luiz Guilherme Marinoni que “o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa” (Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 130, p. 19-38, dez. 2005. p. 20).

¹²⁹⁵ A mesma conclusão vale para a orientação consubstanciada na Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça. Embora seja aplicada de maneira distorcida, tanto pelos tribunais de segundo grau quanto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, impede tão somente que a questão seja revivida a ponto de promover uma reanálise integral do caso. Portanto, não é qualquer menção a fatos ou provas que deve obstar a apreciação do recurso pela corte superior; o impedimento subsiste tão somente nos casos em que a irrisignação recursal extrapolar a discussão acerca da questão de direito, em nítido propósito de corrigir a justiça da decisão – o que, por óbvio, não compete ao Superior Tribunal de Justiça.

¹²⁹⁶ Bem pontua Sálvio de Figueiredo Teixeira que “a compreensão jurídica do fato [...] é matéria de direito e não de fato, como tem enfatizado a doutrina e reconhecido até mesmo a jurisprudência” (O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 48, p. 5-19, mar.1990. p. 9).

com a aplicação da teoria da causa madura. A despeito dessas modificações, entende-se que autorizar reexame de fatos e provas em sede de embargos de divergência, tal como ocorre nos tribunais de segundo grau, subverteria a essência do recurso e a própria função dos tribunais superiores – que têm a incumbência, precípua, de zelar pela guarda da lei federal e da Constituição.

O mesmo óbice não recai, todavia, sobre questões e documentos novos, supervenientes à interposição do recurso. Como indica Marcelo Pires Torreão, “excepcionalmente, há a possibilidade de análise das questões fáticas supervenientes, mesmo em fase de julgamento dos embargos de divergência”,¹²⁹⁷. Eis o que se encontra previsto, por exemplo, no artigo 115¹²⁹⁸ do RISTF, que autoriza a juntada extemporânea de documentos, entre outros, para a comprovação de textos legais ou de precedentes judiciais e para a prova de fatos supervenientes.

3.6.10 Apreciação de questões de ordem pública

Outro ponto que requer análise, em sede de embargos de divergência, é a apreciação de questões de ordem pública. Embora a expressão careça de definição precisa¹²⁹⁹, refere-se a

¹²⁹⁷ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*, p. 29.

¹²⁹⁸ Conforme artigo 115, do RISTF, “nos recursos interpostos em instância inferior, não se admitirá juntada de documentos desde que recebidos os autos no Tribunal, salvo: I – para comprovação de textos legais ou de precedentes judiciais, desde que estes últimos não se destinem a suprir, tardiamente, pressuposto recursal não observado; II – para prova de fatos supervenientes, inclusive decisões em processos conexos, que afetem ou prejudiquem os direitos postulados; III – em cumprimento de determinação do Relator, do Plenário ou da Turma. § 1º O disposto neste artigo aplica-se aos recursos interpostos perante o Tribunal. § 2º Após o julgamento, serão devolvidos às partes os documentos que estiverem juntos por linha, salvo se deliberada a sua anexação aos autos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹²⁹⁹ Vasta é a divergência doutrinária e jurisprudencial em torno do assunto.

matérias cognoscíveis de ofício, em qualquer grau de jurisdição, como previsto no artigo 485, § 3º, do CPC/2015.

A possibilidade de analisar questões apreciáveis *ex officio* tem íntima relação com o efeito translativo recursal. Como explicitado na seção 3.5.4, coaduna-se com a opinião sustentada por parcela da doutrina quanto à aplicação do efeito translativo também em sede de recursos excepcionais – entre os quais, os embargos de divergência.

Em verdade, a polêmica gira em torno do prequestionamento (causa decidida), cuja presença é indispensável à admissão dos embargos de divergência.¹³⁰⁰ O entendimento preponderante na doutrina é de que inclusive as questões de ordem pública precisam ter sido enfrentadas no acórdão recorrido, preenchendo o requisito do prequestionamento.¹³⁰¹

Acontece que essa aferição quanto à matéria decidida no acórdão recorrido se volta ao cerne da controvérsia que se pretende dirimir com os embargos de divergência e não às questões de ordem pública adjacentes, que podem vir a ser suscitadas pelo embargado ou conhecidas de ofício pelo julgador. Dessa forma, concorda-se com Teresa de Arruda Alvim Wambier¹³⁰² quando defende a impossibilidade de se exigir prequestionamento quanto às matérias apreciáveis de ofício.

¹³⁰⁰ Ao versar sobre a cognição da Corte Suprema no recurso de cassação, Giuseppe Chiovenda consigna que não ser lícito à Corte: “a) notar de ofício defeitos não arguidos no recurso, exceto os defeitos do próprio recurso da cassação (incompetência das Câmaras simples, incapacidade das partes, nulidade do recurso, inadmissibilidade); b) examinar questões novas, isto é, formuladas pela primeira vez com o recurso, exceto as que deveriam examinar de ofício pelo juiz do mérito” (*Instituições de direito processual civil*, p. 1308).

¹³⁰¹ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos, p. 246.

¹³⁰² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 357-358. Diz a autora que “se o Tribunal conhecer o recurso interposto, deverá, no juízo de mérito, julgar a causa, aplicando o direito à espécie. Deste modo, se o Tribunal Superior conhecer do recurso, ficaria livre para apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como de outras objeções no julgamento do mérito do recurso”. Assim, “o recurso

O próprio CPC/2015 parece ter findado a polêmica em torno do assunto, ao prever, em seu artigo 483, § 3º que “o juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”¹³⁰³ – como pontua Pedro Miranda de Oliveira¹³⁰⁴. Por sua vez, Alexandre Freire entende que se aplica aos embargos de divergência o disposto no artigo 933 do CPC/2015, sendo possível “inferir que essa inovação legislativa afasta qualquer entendimento jurisprudencial que impeça o exame, em embargos de divergência, de matéria cognoscível oficiosamente”¹³⁰⁵. Em arremate, Flávio Cheim Jorge aduz que “o CPC/2015 conferiu abertura à profundidade do efeito devolutivo, ambiente natural para a incidência de conhecimento de ofício das matérias de ordem pública e dos fundamentos de ambas as partes”¹³⁰⁶.

A exemplo dos autores retrocitados, entende-se não haver óbice ao conhecimento de questões apreciáveis de ofício em sede de embargos de divergência¹³⁰⁷, concernentes ao capítulo

especial e o recurso extraordinário teriam efeito devolutivo desprovido da dimensão profundidade, mas não de efeito translativo, o que se perceberia depois que o recurso tivesse sido admitido”. Todavia, “o que não poderia ocorrer seria o tribunal detectar este vício para admitir o recurso (como fundamento para admitir o recurso) se não tivesse sido expressamente elencado como tal e devidamente prequestionado” (*Idem*).

¹³⁰³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹³⁰⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1550.

¹³⁰⁵ FREIRE, Alexandre. Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 2615.

¹³⁰⁶ CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 343.

¹³⁰⁷ Diferentemente, Nelson Nery Junior defende que os tribunais superiores só podem enfrentar matérias de ordem pública que constarem expressamente no acórdão recorrido – ilidindo quaisquer dúvidas acerca de sua prévia apreciação pelo juízo *a quo*. Agora, “caso o juízo ou tribunal de origem não se tenha pronunciado sobre matéria de ordem pública, não terá “decidido” essa matéria, sendo inadmissível RE e RESp

impugnado ou não^{1308,1309,1310}. No mesmo sentido, aduz Pedro Miranda de Oliveira:

[...] por força do *princípio inquisitório*, ao qual está vinculado o efeito translativo, as questões de ordem pública podem ser apreciadas de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte. Com efeito, o órgão julgador não está adstrito ao pedido formulado pelo recorrente ou às contrarrazões do recorrido, mas autorizado a julgar fora dos limites recursais

sobre essa questão não decidida”. Em síntese, para o autor, quando a legislação processual se refere a questões conhecíveis de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, deve-se entender tão somente grau “ordinário” de jurisdição – e não extraordinário (*Teoria geral dos recursos*, p. 282).

¹³⁰⁸ E aqui, se faz a seguinte ressalva: a se entender que só são conhecíveis as matérias relativas ao capítulo impugnado, estar-se-ia subvertendo o próprio conceito das questões de ordem pública, cujo conhecimento e apreciação independem de qualquer provocação (são conhecíveis *ex officio*).

¹³⁰⁹ Em sentido contrário, Yuri Guerzet Teixeira defende que o efeito devolutivo “opera-se, somente, nos limites da divergência. Logo, também não teria cabimento apreciação, *ex officio*, de questões de ordem pública não suscitadas nos embargos de divergência [Grifos do autor]” (Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, n. 217, p. 319-338, mar. 2013. p. 332).

¹³¹⁰ Tal não é, contudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que sustenta ser descabido “enfrentar, na presente via, questão jurídica não relacionada ao dissídio jurisprudencial apontado na petição dos embargos de divergência, sendo irrelevante a alegação de se cuidar de matéria de ordem pública” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.024.001/RJ. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 24 novembro 2011. Publicação 13.12.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteior/?num_registro=201001482529&dt_publicacao=13/12/2011>. Acesso em: 2 jan. 2017).

(extensão e profundidade) sempre que se tratar de matéria de ordem pública.¹³¹¹

Todavia, sempre que uma questão de ordem pública for suscitada por uma das partes, ou de ofício pelo próprio magistrado deve-se promover a intimação dos interessados, para se manifestarem no prazo de cinco dias – como preveem os artigos 10 e 933 do CPC/2015. Essa exigência é consonante com os princípios da confiança e da não surpresa¹³¹², ambos corolários da garantia de segurança jurídica que deflui da Constituição Federal. Caso o recurso seja julgado sem oportunizar, previamente, a oitiva das partes, será maculado de nulidade por afronta ao princípio do contraditório.

Elucidada a possibilidade de apreciação de questões cognoscíveis de ofício em sede de embargos de divergência, passa-se a analisar o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e a fixação de tese não suscitada no recurso.

3.6.11 Princípio da proibição da *reformatio in pejus* e a fixação de tese não suscitada no recurso

A proibição da *reformatio in pejus* tem íntima relação com o princípio dispositivo¹³¹³, ressalvadas as hipóteses em que o

¹³¹¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1549.

¹³¹² Aduz Nelson Nery Junior que “a proibição de haver *decisão-surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’ [Grifos do autor]” (*Teoria geral dos recursos*, p. 248).

¹³¹³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 290. Na lição do autor, o “conhecimento do recurso pelo juízo *ad quem* está limitado pela comunicação da vontade das partes no ato de sua interposição. O efeito de devolver o conhecimento traz implícito, como consequência lógica, uma ‘causa’ que o origine, face à outra regra também secular: *Tantum devolutum quantum appellatum*. Aquilo, portanto, que, de nenhum modo, se devolveu, não pode ser objeto de deliberação pelo juízo *ad quem*. Se o vencido parcial não demonstrou interesse de, expressamente, obter, por via de recurso

órgão julgador reconhece a existência de matérias de ordem pública – sobre as quais opera o princípio inquisitório¹³¹⁴. Traduz-se, em síntese, na impossibilidade de submeter o recorrente a situação pior da que se encontrava¹³¹⁵, antes de interposto o recurso¹³¹⁶. Se um dos pressupostos recursais é o interesse – que exsurge da utilidade e da necessidade – não faz sentido que, por força da interposição do recurso, o recorrente seja prejudicado¹³¹⁷.

próprio, aquilo que lhe foi negado na decisão, o recurso do adversário não o pode favorecer [Grifos do autor]” (*Idem*).

¹³¹⁴ É que, a proibição, “na falta de regra expressa, revela-se frágil quando há necessidade de conjugar o princípio dispositivo com o inquisitório. É a violenta turbulência suscitada pelo conhecimento, *ex officio*, das questões de ordem pública, devolvidas pelo recurso total ou parcial [Grifos do autor]” (ASSIS, Araken de. Proibição da *reformatio in pejus* no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 375, ano 57, p. 11-24, jan. 2009. p. 20).

¹³¹⁵ Na lição de Eduardo Couture, “a reforma em prejuízo (*reformatio in pejus*) consiste em uma proibição ao juiz superior de piorar a situação do apelante, nos casos em que seu adversário não haja interposto recurso [Tradução nossa]”. No original: “*La reforma en perjuicio (reformatio in pejus) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversário*” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 367).

¹³¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 185-186. Diz o autor que “também chamado de ‘princípio do efeito devolutivo’ e de ‘princípio de defesa da coisa julgada parcial’, a proibição da *reformatio in peius* tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, ou porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária”. No entanto, adverte o autor que “a desvantagem trazida pela reforma para pior deverá situar-se no plano prático, o que não ocorrerá se o tribunal apenas modificar a fundamentação da decisão recorrida. Seria diferente se a lei estabelecesse consequências relevantes para a motivação da decisão, como ocorre com a ação popular e a civil pública brasileiras ou com a exceção de compensação no direito alemão. Aí, sim, a motivação seria importante para se determinar a existência ou não da reforma proibida [Grifos do autor]” (*Idem*).

¹³¹⁷ Na mesma linha, Araken de Assis sustenta que a vedação da *reformatio in pejus* erige-se tanto no princípio dispositivo quanto no interesse recursal, indispensável ao manejo dos recursos (Proibição da

Então, há um contraponto entre a função publicística do processo, exercida também mediante os embargos de divergência, e a proibição da *reformatio in pejus*. Cabe perscrutar se, constituindo os embargos de divergência um recurso voltado à correção e/ou à uniformização interpretativa da lei, o princípio da proibição de reforma *in pejus* seria um óbice a esse escopo ou seria flexibilizado em prol do interesse público subjacente.

A questão se torna mais complexa justamente à luz das matérias cognoscíveis de ofício. É que, questões de ordem pública – portanto, que trazem um interesse público subjacente –, fogem ao escopo do princípio dispositivo; e, neste ponto, pode ser que privilegiem o recorrente (por exemplo, ao reconhecer uma prescrição a seu favor) ou não (por exemplo, ao reconhecer a ausência de legitimidade *ad causam*).

Ainda, devolvida a controvérsia jurisprudencial ao tribunal superior, pode o magistrado entender que nem a interpretação da questão jurídica conferida pelo acórdão recorrido nem aquela consignada no acórdão paradigma devem prevalecer, mas, sim, uma terceira interpretação. Nesse caso, é plenamente possível que o tribunal defina a interpretação que melhor traduza o entendimento jurídico que deva prevalecer, ainda que não coincida com a pretensão do recorrente nem com a tese do acórdão recorrido.^{1318_1319} No entanto, quando tender à aplicação

reformatio in pejus no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 375, ano 57, p. 11-24, jan. 2009. p. 15).

¹³¹⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, p. 1549. A esse respeito, ressalta o autor que “nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe ao órgão colegiado aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa, independentemente das teses encontradas nos acórdãos em confronto. Afinal, o *caput* do art. 1.031 do CPC em vigor positiva a Súmula 456 do STF, cujo teor é o seguinte: ‘O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie’. Em função desse enunciado costuma-se dizer que os Tribunais Superiores, na análise dos recursos excepcionais, exercem o *rejudgamento da causa*. Portanto, STF e STJ não são meras Cortes de Cassação. Ao apreciar o recurso, tais Tribunais rejudgam a causa decidida e restabelecem o primado do direito violado [Grifos do autor]” (*Idem*). No mesmo

de uma terceira orientação, deve o tribunal intimar as partes para se manifestarem¹³²⁰, como prelecionam os artigos 10¹³²¹ e 933¹³²² do CPC/2015.

Essa possibilidade de fixação de tese não suscitada no recurso decorre da função atribuída aos tribunais superiores que abrange, além da cassação do acórdão recorrido, a definição da interpretação acerca de determinada questão de direito. Significa

sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 595.

¹³¹⁹ Em comentários ao CPC/2015, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam que “para a fixação da nova tese jurídica sobre matéria sobre a qual até então divergiam os órgãos fracionários do STF ou STJ, o tribunal poderá prestigiar um ou outro entendimento daqueles órgãos, ou ainda criar um novo entendimento com outros fundamentos. Por isso é que, nos EmbDiv, o tribunal, depois de afirmar a existência da divergência, *fixará nova tese jurídica e aplicará ao caso concreto*. É nisso que reside o comando previsto no CPC 1043, quando se refere a “aplicar o direito [à espécie]”, porque os EmbDiv são uma espécie de *continuação* do julgamento do RE e do REsp [Grifos dos autores]” (*Código de Processo Civil comentado*, p. 2396-2397).

¹³²⁰ No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* comentam que, “ao julgar os embargos de divergência pode o Tribunal, provendo-os, optar por uma terceira via: ou seja, pode ‘corrigir’ o acórdão recorrido, mas não optar pela tese adotada no paradigma. Em vez disso, aplicando o direito à espécie (art. 1.034), pode optar por um terceiro caminho. Não, todavia, sem antes proporcionar às partes possibilidade de se manifestar [Grifo dos autores]” (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016, p. 1698).

¹³²¹ Diz o artigo que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹³²² “Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

dizer que compete aos tribunais superiores julgar o processo “aplicando o direito”¹³²³, como havia sedimentado o Supremo Tribunal Federal no enunciado de Súmula n. 456¹³²⁴, com relação ao recurso extraordinário, e como foi positivado pelo legislador no artigo 1.034¹³²⁵ do CPC/2015, também com relação ao recurso especial.

Dessa terceira orientação, é importante destacar, podem emergir duas situações: a tese pode ser mais favorável ao

¹³²³ A propósito, vários são os casos em que o Superior Tribunal de Justiça invoca esse preceito – aplicação do direito à espécie – para apreciar a questão jurídica que lhe é posta, fixando uma terceira interpretação, não aventada nem no acórdão recorrido nem no acórdão paradigma. A título de exemplo, cita-se: “SEPARAÇÃO CONSENSUAL. Acordo sobre a partilha. Imóvel que permaneceu em comum. Uso pelo marido. Direito à indenização. Embargos de divergência. Aplicação do direito à espécie. Convencionado na separação do casal que o imóvel residencial seria partilhado, tocando metade para cada cônjuge, e permanecendo em comum até a alienação, o fato de o marido deter a posse exclusiva dá à mulher o direito à indenização correspondente ao uso da propriedade comum, devida a partir da citação. Trata-se de condomínio, regulado pelas regras que lhe são próprias, desfazendo-se desde a partilha a mancomunhão que decorria do direito de família. Nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe à Seção aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa da encontrada nos acórdãos em confronto. Embargos admitidos e parcialmente providos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 130.605/DF. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 13 outubro 1999. Publicação 23.04.2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900217497&dt_publicacao=23/04/2001>. Acesso em: 1 jan. 2017).

¹³²⁴ Na dicção da súmula n. 456, “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 456*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?s_umula=2805>. Acesso em: 21 dez. 2016).

¹³²⁵ Prevê o artigo 1.034, do CPC/2015, que “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

recorrente; ou pode ser desfavorável ao recorrente, mais do que o acórdão recorrido. No propósito de compatibilizar a dupla função dos embargos de divergência – resguardar o interesse do recorrente e zelar pela unidade do direito – e o princípio da proibição da *reformatio in pejus* – que recai sobre todos os recursos –, poder-se-ia chegar a um meio termo: no primeiro caso (terceira tese, mais favorável ao recorrente), os embargos de divergência seriam providos para aplicar tese diversa daquela contemplada no acórdão paradigma; no segundo (terceira tese menos favorável ao recorrente), o recurso seria desprovido, mantendo-se hígido o acórdão recorrido¹³²⁶. Em ambos os casos, haveria fixação da tese jurídica a prevalecer e ser considerada pelos demais tribunais.

Esse entendimento, todavia, é insustentável na medida em que eximiria o recorrente de se submeter à interpretação conferida à lei, em último recurso, pelo tribunal competente. Em outros termos, o entendimento uniformizado pelo tribunal superior serviria de paradigma para orientar todos os casos semelhantes, mas não serviria ao caso concreto na hipótese de representar uma piora na situação do recorrente; ou, seja, daria azo a uma distinção ilegítima pelo simples fato de o recorrente ter interposto o recurso, demonstrando nítida afronta ao princípio da isonomia.

É cediço que o princípio da *reformatio in pejus* não é absoluto e comporta exceções, por força do princípio inquisitório – como ocorre com o conhecimento, de ofício, de matérias de ordem pública. Sendo assim, é plenamente possível que também em sede de embargos de divergência se excepcione a regra, aplicando o entendimento prevalecente no tribunal, ainda que venha a ser desfavorável aos interesses do recorrente.

¹³²⁶ Nelson Monteiro Neto sugere deslinde semelhante aos casos em que, já interpostos embargos de divergência, a jurisprudência do tribunal consagrar tese diferente daquelas apontadas nas razões recursais. Nesses casos, que em regra acarretam a inadmissão do recurso (conforme enunciado de Súmula n. 168, do STJ), o autor defende que o recurso deveria ser provido, em caso de decisão menos desfavorável ao embargante; e desprovido, em caso de reforma para pior (Embargos de divergência em recurso especial: fixação de tese jurídica não coincidente com as confrontadas na petição de interposição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 381, p. 505-510, out. 2005. p. 507-509).

Entende-se que, ao interpor embargos de divergência, o recorrente deve ter em mente a dupla função a que se presta o recurso (em especial, à tutela do direito objetivo e à fixação da tese jurídica a ser aplicada em casos semelhantes) e, portanto, deve assumir o risco de, eventualmente, a interpretação conferida à questão de direito lhe ser contrária ou mais desfavorável do que aquela outrora aplicada. Até porque, não se pode olvidar, os embargos de divergência não se prestam propriamente à correção da justiça da decisão, mas, sim, à tutela do direito objetivo. Ademais, assiste ao embargante o direito de desistir do recurso, sem que essa desistência obste o enfrentamento da matéria pelo tribunal – como desenvolvido na seção 3.6.8.

Em conclusão, em sede de embargos de divergência, o princípio da proibição da *reformatio in pejus* cede em favor do fim imediato do recurso (uniformização da interpretação jurídica). Dessa assertiva se extrai que é aplicável uma terceira tese, não suscitada nas razões recursais, independentemente dos efeitos que surtiria ao recorrente.

3.6.12 Majoração dos honorários advocatícios no julgamento dos embargos de divergência

Outra questão que merece atenção é a majoração dos honorários advocatícios em sede recursal, consubstanciada no artigo 85, § 11, do CPC/2015. Então, por força de previsão expressa e imperativa do Código, no julgamento do recurso, o tribunal deverá majorar a verba honorária.

A previsão tem substrato na premissa de que a interposição de um recurso prorroga o trabalho desempenhado pelo advogado, na defesa dos interesses de seu cliente, a ensejar o aumento da verba honorária sucumbencial. Noutra senda, por consectário, o acréscimo no valor dos honorários – cujo pagamento é de responsabilidade da parte sucumbente – representaria um aumento dos ônus processuais a ser considerado na interposição do recurso, de forma a, eventualmente, inibir o manejo de insurgências infundados¹³²⁷.

¹³²⁷ A título de notícia histórica, salienta-se que Carlos Mário da Silva Velloso já defendia a majoração da sucumbência em caso de interposição de recurso na época em que adveio a EC n. 45/2004. O autor advogava o seguinte: “as nossas leis processuais são

Então, julgados os embargos de divergência, deverá o tribunal majorar os honorários de sucumbência¹³²⁸ até o limite de vinte por cento, previsto em lei. Quando provido o recurso, a majoração será, em regra, em favor dos procuradores do recorrente. Na hipótese de desprovimento dos embargos, a majoração se dará, também em regra, em favor dos procuradores do embargado. Aqui reside a grande questão, correlata ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, o qual impede que a reforma operada pela insurgência recursal se dê em prejuízo ao recorrente (como desenvolvido na seção 3.6.11). No entanto, considerando que os embargos de divergência constituem um recurso excepcional, de estrito direito, em alguns casos esse princípio é relativizado em prol do interesse público subjacente. Não é o que ocorre, contudo, com relação à majoração da verba honorária, que se dá em favor dos procuradores da parte contrária (um interesse privado, portanto).

De qualquer forma, é fato que a lei processual prevê consequências capazes de agravar a situação da parte sucumbente

excessivamente formalistas e o nosso sistema de recursos é irracional. Uma sentença de despejo de um mero botequim, em qualquer cidade do País, chega ao Superior Tribunal de Justiça, chega ao Supremo Tribunal Federal. Isso não é razoável. Temos que atentar para o formalismo excessivo de nossas leis processuais, que intelectualizam a burocracia judiciária. E é preciso racionalizar o sistema de recurso. Começaríamos racionalizando se estabelecêssemos ônus para a sucumbência recursal. Teríamos várias sucumbências. Aquele que perdesse o recurso pagaria os honorários do advogado da parte que ganhou o recurso, o que ocorre, por exemplo, na maioria dos Estados que compõem a federação norte-americana. Aliás, em direito comparado, isso tende a ser a regra” (Poder Judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 101, n. 378, p. 11-26, mar/abr. 2005. p. 24).

¹³²⁸ Essa majoração só não ocorrerá se os embargos se referirem a recurso especial ou extraordinário interposto contra decisão proferida pelo tribunal de justiça, por exemplo, em agravo de instrumento (que, por sua vez, se volte contra decisão interlocutória que não ponha fim a parcela do processo). É que, nessa hipótese, a decisão interlocutória recorrida pelo agravo de instrumento, no âmbito do tribunal estadual, não enseja a fixação de honorários, do que se extrai não caber qualquer majoração.

em caso de desprovimento¹³²⁹ do recurso. Eis mais uma regra que excepciona o princípio da proibição da *reformatio in pejus* na medida em que imputa à parte consequências perniciosas caso não obtenha êxito na sua insurgência recursal¹³³⁰.

3.6.13 Características do acórdão que julga os embargos de divergência

Por fim, com relação aos aspectos procedimentais dos embargos de divergência, impende tecer breve análise sobre o acórdão¹³³¹ que julga o recurso, tanto pelo prisma formal quanto material.

No âmbito formal, o acórdão é redigido, assinado¹³³² e datado pelo ministro relator – ou pelo ministro que houver

¹³²⁹ Entende-se que a majoração também deverá ocorrer se o recurso não for conhecido em decisão posterior à instauração do contraditório (isto é, posterior à apresentação de contrarrazões pelo recorrido) porque, também nesse caso, terá havido uma prorrogação e um acréscimo no trabalho desempenhado pelos procuradores do recorrido, não obstante o recurso sequer tenha ultrapassado o juízo de admissibilidade.

¹³³⁰ Justamente em razão da possibilidade de majorar os honorários em grau recursal, Sandro Marcelo Kozikoski defende que o CPC/2015 promove um “arrefecimento do princípio da proibição da *reformatio in pejus*”, porque no caso de desprovimento do recurso interposto, o recorrente terá sua situação agravada. Diz o autor que: “Ao inovar na distribuição dos encargos da sucumbência, o dispositivo impõe uma nova racionalidade do sistema recursal, pois o recurso poderá ‘agravar’ a situação do recorrente que, doravante, deverá sopesar a conveniência acerca de seu manejo [Grifos do autor]” (*Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*, p. 72).

¹³³¹ Na dicção do artigo 204, do CPC/2015, “acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹³³² Eis o que dispõe o artigo 101, do RISTJ: “Subscreve o acórdão o relator que o lavrou, e, na Corte Especial, também o Ministro que presidiu o julgamento. Se o relator for vencido na questão principal, ficará designado o revisor para redigir o acórdão. Se não houver revisor, ou se este também tiver sido vencido, será designado para redigir o acórdão o Ministro que proferiu o primeiro voto vencedor (art. 52, II)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça *Regimento interno*. Disponível

proferido o primeiro voto vencedor, caso vencido o relator¹³³³ – e deverá ser publicado no Diário da Justiça eletrônico no prazo máximo de trinta dias a partir da sessão de julgamento (artigo 103, § 6º, do RISTJ). Caso não ocorra a publicação, o acórdão será substituído pelas notas taquigráficas, nos termos do artigo 944 do CPC/2015.

O acórdão é composto por ementa, relatório e voto¹³³⁴. A ementa¹³³⁵ contemplará um “conjunto de palavras-chave que indicam o assunto discutido e a regra resultante do julgamento do caso em pauta”¹³³⁶ e deverá ser publicada no Diário de Justiça eletrônico, conforme previsto no artigo 205, § 3º, do CPC/2015, artigo 129 do RISTJ e artigo 100 do RISTF. O relatório expõe brevemente o caso, a decisão recorrida, os argumentos suscitados pelo recorrente e pelo recorrido, e o parecer exarado pelo

em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹³³³ Prevê o artigo 941, *caput*, do CPC/2015 que, “proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹³³⁴ No Superior Tribunal de Justiça, a esses elementos soma-se “a minuta do julgamento”, contendo: (i) “a decisão proclamada pelo Presidente”; (ii) “os nomes do Presidente do órgão julgador, do relator, ou, quando vencido, do que for designado, dos demais Ministros que tiverem participado do julgamento e do Subprocurador-Geral, quando presente”; (iii) “os nomes dos Ministros impedidos e ausentes”; e (iv) “os nomes dos advogados que tiverem feito sustentação oral”, conforme artigo 104, do RISTJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça *Regimento interno*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹³³⁵ Entende-se que a tese fixada para fins de uniformização jurisprudencial deveria figurar na ementa de forma destacada, a exemplo do que ocorre nos acórdãos proferidos em sede de recursos repetitivos.

¹³³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Manual de padronização de textos do STJ*. 2. ed. Brasília: STJ, 2016. p. 255. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/////index.php/Manual/article/view/1016/950>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

Ministério Público, quando lhe couber intervir. Por fim, o voto contemplará a fundamentação do acórdão, com menção aos argumentos enfrentados na fixação da interpretação jurídica. Aqui, cumpre tecer alguns importantes comentários.

No âmbito material, pode-se iniciar dizendo que a fundamentação das decisões judiciais é um dos pilares do CPC/2015. Tão grande foi o prestígio e o relevo conferidos ao assunto que o diploma reforça, em vários dispositivos, a importância de observar esse preceito de cunho constitucional. O mais paradigmático é, sem dúvida, o artigo 489, com seu rol exemplificativo do que não se considera uma decisão fundamentada¹³³⁷ – e, portanto, nula, na medida em que esta é a sanção prevista no próprio artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, relativamente às decisões não fundamentadas¹³³⁸.

Daí se extrai que o Código só reforça aquilo que já é de observância obrigatória: o dever de fundamentar as decisões judiciais. Mais do que exprimir as razões que levaram o julgador a prolatar determinada decisão, é essencial expor os motivos

¹³³⁷ Insta reproduzir o inteiro teor do artigo 489, § 1º, do CPC/2015: “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹³³⁸ A esse respeito, Pedro Miranda de Oliveira comenta que “a ausência de fundamentação adequada constitui-se em vício de tamanha gravidade, que o constituinte, abandonando a técnica legislativa, prescreveu no próprio texto constitucional e pena de nulidade” (Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*, p. 1547).

pelos quais as demais teses invocadas não foram acolhidas. Portanto, a fundamentação interessa mais à parte sucumbente do que à parte vencedora na medida em que, primeiro, poderá conhecer as razões que determinaram o afastamento dos seus argumentos e, segundo, articular eventual recurso.

Entende-se, nesse sentido, que a previsão do artigo 1.038, § 3º, do CPC/2015 – relativa aos recursos especial e extraordinário repetitivos – deve ser aplicada também aos embargos de divergência, a fim de que o acórdão recorrido abranja “a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”¹³³⁹. A despeito de reproduzir, em parte, o que já consta no artigo 489, o dispositivo citado reforça a necessidade de se enfrentar a integralidade dos argumentos concernentes à questão jurídica tratada, independentemente de favorecerem ou não o recorrente. Procedendo dessa forma, os tribunais superiores estarão agindo em consonância com a função que lhes é precípua: diante das várias interpretações possíveis que a lei comporta, definir a que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico e que, portanto, deve prevalecer.

Expostas as peculiaridades dos embargos de divergência, desde sua concepção, no direito brasileiro, até seus requisitos de admissibilidade, efeitos, perpassando questões polêmicas e aspectos atinentes ao seu procedimento, incumbe abordar agora as formas de insurgência contra as decisões que julgam o recurso – como exposto a seguir.

3.7 FORMAS DE INSURGÊNCIA CONTRA DECISÕES QUE JULGAM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

As decisões proferidas em sede de embargos de divergência comportam impugnação, sejam oriundas de julgamento colegiado (acórdãos) ou de julgamento monocrático do relator (decisão monocrática).

Assim, passa-se a enfrentar, pontualmente, as formas de insurgência contra as decisões que julgam embargos de

¹³³⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

divergência – em especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

3.7.1 Embargos de declaração

Os embargos de declaração, como é cediço, são oponíveis “contra qualquer decisão judicial”¹³⁴⁰, excluídos os despachos (assim compreendidos os provimentos que não possuem conteúdo decisório). Caso o acórdão ou a decisão monocrática elucide omissão, obscuridade, contradição ou erro material, poderá a parte opor embargos de declaração no prazo de 5 (cinco) dias, nos termos do artigo 1.022 do CPC/2015.

Então, para a apreciação de embargos de declaração, pressupõe-se a ocorrência de algum vício, ou seja, não se prestam à mera protelação do trânsito em julgado – hipótese em que o tribunal poderá aplicar multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa¹³⁴¹.

A omissão¹³⁴² se verifica quando o órgão julgador deixa de enfrentar argumentos suscitados no recurso¹³⁴³ ou incorre em

¹³⁴⁰ Conforme a expressão empregada pelo artigo 1.022, *caput*, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016). A propósito, consignam Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas que seria “inconstitucional qualquer restrição ao cabimento desse recurso [embargos de declaração], em virtude de sua raiz ser indissociável do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*, p. 577).

¹³⁴¹ Com razão, ressalta Sandro Marcelo Kozikoski que “no tocante à multa, é preciso ressaltar que o intuito procrastinatório *não pode ser presumido*, pois os embargos poderão estar sendo manejados com o objetivo de *prequestionamento* (Súmula 98 do STJ) [Grifos do autor]” (*Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*, p. 203).

¹³⁴² Rodrigo Mazzei diferencia a omissão ontológica da omissão relacional. Diz o autor que: “a *omissão ontológica* ocorrerá quando o ato judicial decisório deixar de abordar ponto(s) relevante(s); ou seja, quando o vazio decisório estiver na incompletude do corpo da motivação e do dispositivo pela não análise e deliberação de alguma(s) questão(ões) importante(s). A *omissão relacional*, por sua vez, estará

qualquer das condutas descritas no artigo 489, § 1º – que exemplificam¹³⁴⁴ o que se considera uma decisão não fundamentada. Dessa forma, compete ao órgão julgador acolher os embargos e integralizar a decisão embargada a fim de sanar o vício apontado.

A obscuridade, por sua vez, é verificada quando a leitura da decisão não enseja a compreensão, total ou parcial, do que restou decidido.¹³⁴⁵ Nesse caso, compete ao órgão julgador esclarecer o ponto obscuro, oportunizando à parte embargante plena compreensão do *decisum*.

Situação semelhante ocorre nos casos de contradição, quando denota uma incongruência da própria decisão, não exprime “coerência discursiva”¹³⁴⁶, “contém afirmações ou

presente quando o ponto relevante for traçado parcialmente, faltando-lhe a respectiva correspondência formal à direção adotada. Assim, haverá fundamento, mas não estará presente dispositivo respectivo, ou vice-versa (se vislumbrará parte dispositiva, mas não se verificará a motivação que dê amparo ao comando judicial cravado) [Grifos do autor]” (Dos embargos de declaração. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2528).

¹³⁴³ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*, p. 100. Da mesma forma, José Frederico Marques aduz que haverá obscuridade quando o acórdão for “ambíguo e de entendimento impossível, ante os termos e enunciados equívocos que contém” (*Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 191).

¹³⁴⁴ O Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o Enunciado n. 303, segundo o qual “as hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 499 são exemplificativas” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 303*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

¹³⁴⁵ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*, p. 90. A propósito, o autor sustenta que a obscuridade também se verifica nos casos em que esteja contida na fundamentação da decisão, e não apenas no seu dispositivo (*Ibidem*, p. 93).

¹³⁴⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*, p. 193.

conclusões que se mostrem entre si inconciliáveis”¹³⁴⁷. Na hipótese, incumbe acolher os aclaratórios e corrigir o deslize, indicando a correlação entre a linha argumentativa e o deslinde dado à questão. É importante destacar a possibilidade de oposição de embargos de declaração quando houver contradição entre o acórdão e sua ementa, como defende Luís Eduardo Simardi Fernandes.¹³⁴⁸

Por fim, o erro material é o equívoco mais facilmente aferível por consistir em mera inadequação da decisão em relação ao que foi decidido¹³⁴⁹. Nesses casos, cumpre corrigir o vício, eventualmente, recorrendo-se às notas taquigráficas¹³⁵⁰ para conferir o que de fato foi decidido na sessão de julgamento.

A oposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos¹³⁵¹ – notadamente, o recurso extraordinário, nos casos em que os embargos de divergência houverem sido julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Ainda que os embargos de declaração não sejam acolhidos, as matérias ventiladas no recurso considerar-se-ão incluídas no acórdão embargado para fins de prequestionamento, na dicção do artigo 1.025 do CPC/2015.

¹³⁴⁷ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*, p. 94; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 191-192.

¹³⁴⁸ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*, p. 97.

¹³⁴⁹ Por exemplo, quando o recurso foi provido e na ementa do acórdão constou como “desprovido”; ou quando a condenação foi minorada para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e no acórdão consignou-se R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

¹³⁵⁰ Sustenta o Superior Tribunal de Justiça que “a liberação das notas taquigráficas depende da demonstração de erro na proclamação do resultado ou de sua imprescindibilidade para o exercício do direito de defesa” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Pet no REsp n. 1.200.492/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 25 maio 2016. Publicação 05.09.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001169433&dt_publicacao=05/09/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016).

¹³⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*, p. 193.

Em respeito ao princípio da fungibilidade recursal, será possível conhecer dos embargos de declaração como agravo interno nos casos em que, opostos contra decisão monocrática, entender-se que o agravo é o recurso cabível¹³⁵². Ocorrendo essa hipótese, deverá o órgão julgador oportunizar à parte recorrente prazo de cinco dias para complementar as razões recursais, ajustando-as às exigências específicas do agravo interno. Trata-se de previsão que se coaduna com o princípio da segurança jurídica, especificamente, em razão do princípio da não surpresa, e que constitui um avanço do CPC/2015 – já que, sob a égide do CPC/1973, agia-se de ofício em prejuízo da parte recorrente¹³⁵³.

¹³⁵² Eis o que prevê o artigo 1.024, § 3º, do CPC/2015 (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹³⁵³ A propósito, no julgamento dos ED nos EDiv no AgReg no AI 743.629/MG, em 14/10/2010, o Ministro Marco Aurélio fez a seguinte observação, que bem elucida quão pernicioso era o entendimento prevalecente à época, na vigência do CPC/1973: “o Tribunal converte para, posteriormente, dizer da insuficiência da impugnação. Todos sabemos que o objeto do recurso *sui generis*, o recurso de embargos declaratórios, é um. O objeto do regimental é outro. Penso que há uma implicação quanto à organicidade do direito. A parte é surpreendida, no que protocolou embargos declaratórios, visando, não sei, afastar a omissão, a contradição ou a obscuridade. O plenário converte esse recurso, que tem balizas próprias em regimental, surpreendendo-a, portanto, em termos de organicidade do direito instrumental, e a seguir assenta que, no caso, ela não veiculou as causas de pedir que deveria na minuta do agravo. É algo para pensarmos, em termos de dinâmica e de paradoxo [Grifos do autor]”. Ao final da discussão travada na sessão de julgamento, arremata dizendo que “Esse recorrente deveria, talvez no campo da premonição, ter imaginado que os embargos declaratórios poderiam ser recebidos pelo Colegiado como regimental, e ter esgotado, sob o ângulo das causas de pedir, as matérias dos dois recursos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AI n. 743.629. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 14 outubro 2010. Publicação 11.11.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616386>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

3.7.2 Agravo interno

Nos casos em que os embargos de divergência forem julgados de forma monocrática¹³⁵⁴, com fulcro nas hipóteses previstas no artigo 932 do CPC/2015 – que consagra os poderes do relator – será cabível agravo interno, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O recurso, previsto no artigo 1.021 do CPC/2015, tem o condão de provocar o pronunciamento do órgão colegiado “como forma de controle da atividade do relator”¹³⁵⁵.

Compete ao agravante, nas razões recursais, demonstrar o equívoco da decisão agravada, atendo-se especificamente aos seus fundamentos. Caso se limite a reproduzir os fundamentos suscitados nos embargos de divergência, por exemplo, inviável será o provimento do agravo interno¹³⁵⁶. O mesmo se aplica à hipótese em que o recurso for interposto pela parte embargada, quando houver provimento monocrático dos embargos de divergência, caso em que se exige, pelo princípio da dialeticidade recursal, adstrição ao *decisum* impugnado.

A interposição de agravo interno é especialmente importante nos casos em que os embargos de divergência forem interpostos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, visto que a interposição de recurso extraordinário endereçado ao Supremo

¹³⁵⁴ Não obstante se defenda a impossibilidade de julgamento monocrático dos embargos de divergência – como será exposto na seção 3.6.5 deste trabalho – é fato que reiteradas vezes o recurso tem seu mérito apreciado por decisão unipessoal do relator.

¹³⁵⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Agravo interno e agravo regimental*: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais, p. 130.

¹³⁵⁶ Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: “não pode ser provido o agravo regimental quando o agravante reitera os mesmos fundamentos expostos no recurso anteriormente indeferido, sem demonstrar claramente o equívoco da decisão recorrida, devendo apresentar impugnação de forma específica, conforme artigo 1.021, §1º, do Código de Processo Civil” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 739.923/RJ. Relator Ministro Felix Fischer. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2016. Publicação 13.10.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201501636817&dt_publicacao=13/10/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016).

Tribunal Federal pressupõe o prévio esgotamento das instâncias recursais – o que só será viável provocando-se o pronunciamento do órgão colegiado a respeito dos embargos de divergência.

Nos casos em que os embargos de divergência forem julgados de forma monocrática, poder-se-ia cogitar a possibilidade de apresentar pedido de reconsideração contra a decisão, a fim de que o relator se retratasse. A despeito de não ser cabível tal sucedâneo recursal ¹³⁵⁷ nesse caso (por força da preclusão *pro judicato*), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça promovia, sob a égide do CPC/1973, a conversão do pedido de reconsideração em agravo regimental, desde que apresentado no prazo para a interposição do recurso ¹³⁵⁸. Entende-se que a mesma lógica deve prevalecer sob a égide do CPC/2015, por força da aplicação do princípio da fungibilidade, desde que à parte seja oportunizado prazo para adequar o pedido de reconsideração ao formato exigido ao recurso de agravo interno, tal qual ocorre na hipótese do artigo 1.024, § 3º (tratado na seção 3.4.1).

3.7.3 Recurso extraordinário

Especificamente quando os embargos de divergência forem julgados pelo Superior Tribunal de Justiça pode surgir,

¹³⁵⁷ ASSIS, Araken de. Introdução aos sucedâneos recursais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 310, ano 51, p. 7-37, ago. 2003. p. 25.

¹³⁵⁸ Eis o que se infere, *contrario sensu*, do julgado a seguir: “PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O pedido de reconsideração pode ser recebido como agravo regimental quando: a) atender aos requisitos mínimos para aquele exigível; b) for apresentado tempestivamente; e c) não representar erro grosseiro ou má-fé do recorrente. 2. No caso dos autos, o pedido de reconsideração foi apresentado fora do prazo legal. Pedido de reconsideração não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCD no ARE no RE no AgRg no AREsp n. 729.803/PR. Relator Ministro Humberto Martins. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2016. Publicação 14.10.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteior/?num_registro=201501450529&dt_publicacao=14/10/2016>. Acesso em: 3 jan. 2017).

para o embargante, interesse recursal a ensejar interposição de recurso extraordinário.

É ilustrativa, nesse sentido, a hipótese em que a parte A, contra acórdão proferido pelo tribunal de justiça, tenha interposto recurso especial e recurso extraordinário conjuntamente. Por força da interposição conjunta, o processo foi remetido primeiro ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que este órgão promova o julgamento do recurso especial e, só depois será remetido ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário. Ocorre que, julgado o recurso especial, constata-se divergência no âmbito do STJ, hábil a ensejar a interposição de embargos de divergência. Os embargos são, então, julgados pelo STJ e, no acórdão proferido, verifica-se violação de determinada questão constitucional – o que dá ensejo à interposição de outro recurso extraordinário (afora aquele interposto contra o acórdão proferido pelo tribunal estadual/ federal).

Nesse caso, é plenamente possível a interposição de novo recurso extraordinário, sem que o interposto anteriormente reste prejudicado. Então, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, que procederá à análise de ambos os recursos extraordinários – a menos que a afronta à Constituição em que incorreu o acórdão proferido em sede de embargos de divergência coincida com aquela apontada no recurso extraordinário interposto previamente.

Assim, se no âmbito do Supremo Tribunal Federal o acórdão proferido em embargos de divergência comporta apenas embargos de declaração, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é viável também a interposição de recurso extraordinário – caso o interesse recursal surja no julgamento dos embargos. Essa é mais uma peculiaridade que diferencia o recurso, se de competência de um ou de outro tribunal superior.

Ao longo deste terceiro capítulo foram esmiuçadas distintas características e peculiaridades dos embargos de divergência, sem olvidar as polêmicas que circundam o tema. Reiteradas vezes se enalteceu o papel que o recurso desempenha no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento hábil a elidir as dissidências jurisprudenciais endógenas aos tribunais superiores – aos quais incumbe zelar pela unidade do direito federal e constitucional. Doravante, cumpre discutir a eficácia dos acórdãos de mérito proferidos em embargos de divergência – o

que constitui o objetivo do último ponto deste trabalho, como se expõe a seguir.

3.8 EFICÁCIA DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os acórdãos oriundos do julgamento de embargos de divergência pressupõem o enfrentamento da questão de direito e a fixação da tese jurídica que deve prevalecer, diante de determinadas circunstâncias. São decisões paradigmáticas que definem a interpretação e traduzem o entendimento do tribunal superior acerca de dada questão de direito¹³⁵⁹, a servir de parâmetro tanto para os jurisdicionados quanto para os magistrados no julgamento de casos vindouros (seja no âmbito do mesmo tribunal ou no dos tribunais hierarquicamente inferiores).

Nesse passo, pode-se afirmar que os acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência irradiam efeitos para além das partes (recorrente e recorrido), tanto em razão do seu fim imediato (conferir univocidade interpretativa ao direito) quanto em razão de sua origem (os tribunais superiores, localizados no ápice do Poder Judiciário). Todavia, esses efeitos carecem de melhor definição, haja vista o silêncio do CPC/2015 a esse respeito. Embora o diploma tenha redefinido os contornos do que se convencionou denominar “sistema de precedentes”, não conferiu aos pronunciamentos dos tribunais superiores em sede de embargos de divergência o mesmo tratamento dispensado a

¹³⁵⁹ Como reconhece o próprio Supremo Tribunal Federal, “os embargos de divergência – instituídos pela Lei n. 623, de 19/02/49, preservados pelo RISTF (arts. 330/332) e hoje disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 546, na redação dada pela Lei n. 8.950/94) – destinam-se, em sua específica função jurídico-processual, a promover a uniformização de jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 162/1082, v.g.), suprimindo, desse modo, em obséquio ao princípio da certeza e da segurança jurídicas, os dissídios interpretativos que se registrem entre as Turmas ou que antagonizem uma das Turmas ao próprio Plenário desta Corte” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no RE n. 584.023. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 25 novembro 2015. Publicação 11.12.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975280>>. Acesso em: 2 jan. 2017).

outros acórdãos também paradigmáticos – a exemplo daqueles proferidos em sede de recursos repetitivos, de incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência. Os regimentos internos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mesmo com as emendas posteriores à vigência do Código, também nada versam sobre o assunto.¹³⁶⁰

A ausência de previsão expressa, todavia, não minora a importância nem enseja a inobservância das conclusões exaradas nos julgamentos de embargos de divergência. Até porque a necessidade de observar os pronunciamentos dos tribunais superiores deflui da própria Constituição Federal, que os alocou no ápice do Poder Judiciário e lhes conferiu competências específicas, de grande relevo para a manutenção da coerência do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, entender de maneira diversa é agir à revelia da ordem constitucional – que atribui às cortes superiores a função precípua de zelar pela unidade do direito e fixar a interpretação da lei.

Sobre os efeitos dos acórdãos proferidos em embargos de divergência, alguns autores, na vigência do CPC/1973, defendiam que as teses fixadas ser objeto de súmula, embora não houvesse previsão legal ou regimental a respeito¹³⁶¹. Outros, por sua vez,

¹³⁶⁰ O artigo 121-A, do RISTJ, versa sobre o que constituem “precedentes qualificados de estrita observância pelos Juizes e Tribunais”, a saber: os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça. A previsão se baseia tão somente no artigo 927 do CPC/2015 que não traz em seus incisos os acórdãos proferidos em embargos de divergência.

¹³⁶¹ Nesse sentido, sustentava Araken de Assis que, “formulada a tese jurídica correta, e erradicando o dissídio intestino que grassava no tribunal superior, convém que o resultado seja incorporado à súmula de jurisprudência dominante, orientando os tribunais inferiores na mesma direção” (*Manual dos recursos*, 3. ed., p. 869). Da mesma forma, Eduardo de Albuquerque Parente advogava que os julgamentos dos embargos de divergência deveriam ensejar a criação de súmulas obrigatórias. Nas palavras do autor: “apesar de não existir previsão regimental para tanto, com o novo sistema de súmulas obrigatórias, é de todo recomendável que os julgamentos de mérito em tais recursos [embargos de divergência] possam gerar a criação desses preceitos. Aplicando-se o novo § 1º, do artigo 555, do Código de Processo Civil,

atrelavam a eficácia da decisão judicial à função precípua da corte superior que a proferiu, de forma a concluir pelo caráter obrigatório¹³⁶² ou força vinculante¹³⁶³ dos acórdãos oriundos de embargos de divergência.

Com o advento do CPC/2015, a questão se reveste de especial relevo, tendo em vista o prestígio conferido às decisões judiciais e à jurisprudência dos tribunais. Várias são as controvérsias doutrinárias em torno do assunto, em especial quanto à definição de “precedente judicial” e sua eficácia –

em determinados casos, o julgamento dos embargos seria dirigido para o órgão regimentalmente competente para a elaboração da Súmula, desde que presentes todos os requisitos já comentados, como maturação do tema e representatividade” (*Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 78). Ainda, especificamente quanto aos embargos de divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, escreveu Pedro Miranda de Oliveira: “no que se refere especialmente à matéria constitucional, a natureza dos embargos de divergência propicia o surgimento de um efeito peculiar de máxima relevância: formulada a tese jurídica concreta, e erradicado o dissídio no seio do STF, respeitado o quórum constitucional (dois terços), convém que o resultado seja transformado automaticamente em preceito de súmula vinculante, a fim de firmar uma orientação universal” (Embargos de divergência no recurso extraordinário e sua importância no sistema jurídico brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 377).

¹³⁶² Leciona Luiz Guilherme Marinoni que “a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte de atribuir sentido e unidade ao direito federal, vale dizer, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante” (*O STJ enquanto corte de precedentes*, p. 159).

¹³⁶³ Nesse sentido, José Joaquim Calmon de Passos sustenta que “o fixado em termos genéricos, frise-se, em termos genéricos, pelos tribunais superiores obriga aos tribunais e juízes inferiores, tanto quanto a lei. Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa *via crucis* imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores” (Súmula vinculante. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Generis, v. 6, p. 625-638, set/dez. 1997. p. 632).

obrigatória¹³⁶⁴/vinculante¹³⁶⁵/vinculativa¹³⁶⁶ ou meramente persuasiva. O assunto é de grande densidade teórica, a ponto de exigir estudo específico, que foge ao escopo do presente trabalho. No entanto, impende destacar que a doutrina conserva um ponto comum: a correlação entre a observância às decisões judiciais – em especial, as emanadas dos tribunais superiores – e a manutenção da coerência do ordenamento jurídico.

A análise dessa premissa à luz dos embargos de divergência deixa claro que a conclusão exarada em seu julgamento deve servir de parâmetro aos demais julgamentos, seja pelo próprio tribunal (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal), seja pelos tribunais hierarquicamente inferiores (tribunais de justiça e tribunais regionais federais).

O que se defende, portanto, é que, independentemente de atribuir caráter obrigatório/vinculante/vinculativo e independentemente das consequências decorrentes desta qualificação (que ainda ensejará intensos debates doutrinários)¹³⁶⁷, os acórdãos proferidos em embargos de divergência devem surtir efeitos semelhantes a outras decisões paradigmáticas, a exemplo dos acórdãos provenientes de julgamento de recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência. Ora, não faria sentido conceber que juízes e tribunais devem observar os acórdãos oriundos de julgamento de recursos repetitivos (nos

¹³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 458, 495.

¹³⁶⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 342.

¹³⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória, p. 455.

¹³⁶⁷ Até porque, frise-se, o assunto é bastante denso, foge à seara do direito processual civil e envolve, precipuamente, teoria do direito. Portanto, considerando que a exaustão do tema não coincide com o escopo do presente trabalho, limitar-se-á a sustentar a necessidade de incluir os acórdãos proferidos em embargos de divergência dentre as decisões paradigmáticas que surtem efeitos extraprocessuais, conforme previsto em várias passagens do CPC/2015. Isso, mediante uma interpretação extensiva das hipóteses insculpidas na legislação processual, em consonância com o escopo dos embargos de divergência e sua importância na consecução da função precípua dos tribunais superiores.

termos do artigo 927, inciso IV, do CPC/2015) e não os acórdãos proferidos em embargos de divergência (que não constam expressamente no rol do referido artigo).

A propósito, nada justifica que o CPC/2015, em tantos artigos, tenha previsto consequências específicas pelo fato de haver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou mesmo em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas e não fazer sequer menção às teses firmadas em embargos de divergência. Quer-se crer que essa omissão não tenha passado de mero cochilo do legislador, sem prejuízo de interpretação extensiva tal qual se propõe no presente trabalho.

Assim, defende-se uma aproximação entre efeitos e consequências decorrentes das teses fixadas no julgamento de embargos de divergência e aqueles previstos em relação a outros julgamentos paradigmáticos, sob o ponto de vista processual. Afinal, não se pode olvidar a importância de que se revestem os acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência ao eliminar a dissidência *interna corporis* e traduzir a orientação dos tribunais superiores quanto às questões de direito postas à sua apreciação. Plenamente possível, portanto, é promover uma interpretação extensiva de algumas hipóteses previstas no CPC/2015, como se propõe nas seções a seguir.

3.8.1 Dever de observância das decisões proferidas em sede de embargos de divergência pelo próprio tribunal e pelos tribunais hierarquicamente inferiores

A tese jurídica firmada em sede de embargos de divergência deve, em primeiro lugar, ser observada pelo próprio tribunal e pelos tribunais hierarquicamente inferiores nos julgamentos vindouros. A observância pelo próprio tribunal se justifica por uma questão de coerência: bem se pode imaginar o absurdo de a corte superior, após eliminar a divergência interna e indicar a tese jurídica prevalecente, não observar o próprio entendimento.

Noutra senda, a observância pelos tribunais hierarquicamente inferiores decorre da própria configuração do Poder Judiciário e da competência constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal: se lhes incumbe, respectivamente, salvaguardar a lei federal e a

Constituição, nada mais lógico do que observar os entendimentos por eles exarados acerca das questões de direito.¹³⁶⁸

Assim, a despeito de a lei processual não prever expressamente em seu artigo 927, certo é que juízes e tribunais não se podem furtar à observância dos acórdãos proferidos em embargos de divergência¹³⁶⁹. Até se poderia concluir que a hipótese do inciso V – “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” – contempla os acórdãos de embargos de divergência. Mas, pela dicção da lei, isso só ocorreria no âmbito do Supremo Tribunal Federal e no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso for julgado pela Corte Especial (isto é, nos casos em que a divergência for entre turmas de seções diversas, entre seções, entre turma e seção que

¹³⁶⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genesis, v. 6, p. 625-638, set/dez. 1997. p. 633. Aduz o autor que “o tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que ela se revista – súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa” (*Idem*).

¹³⁶⁹ Como aduz José Rogério Cruz e Tucci, “cabe aos magistrados outorgar aos *precedentes* dos tribunais superiores, revestidos da marca de definitividade, o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal. A despeito da inexistência de fundamento legal explícito para embasar tal raciocínio, dúvida não há de que decorre ele de nosso sistema jurídico que não pode conviver com tamanho desvio das decisões provindas das mais altas Cortes do país, justamente encarregadas pela Lei maior de desenvolver a tarefa de controle da constitucionalidade (STF) e da legalidade infraconstitucional (STJ)” (*Precedente judicial como fonte do direito*, p. 277-278).

não íntegra, ou entre turma/seção com a própria Corte Especial¹³⁷⁰).

Por outro lado, constam no rol do artigo 927 os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos repetitivos. Ora, se os casos repetitivos são julgados, em regra, pelas seções do Superior Tribunal de Justiça e se os próprios acórdãos oriundos do julgamento de casos repetitivos são embargáveis – como desenvolvido na seção 3.3.6 –, não há como deixar de reconhecer que o dever de observância também envolve os julgamentos de embargos de divergência, ainda que oriundos de órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça¹³⁷¹.

Então, a despeito de não exigirem repetição de processos – a exemplo do que ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas e no julgamento de recursos repetitivos – é fato que os embargos de divergência elucidam a orientação interpretativa adotada pelas cortes de vértice, a ser observada pelos demais tribunais. Nesse sentir, os embargos de divergência se aproximam do incidente de assunção de competência¹³⁷², cujos acórdãos também devem ser observados, consoante o artigo 927, inciso III, do CPC/2015.

Com esteio em uma análise sistêmica, sustenta-se que os acórdãos proferidos em embargos de divergência também devem ser observados por juízes e tribunais, independentemente da sua proveniência (se oriundos do Plenário do STF, da Corte Especial ou de órgãos fracionários do STJ). Esse dever de observância, contudo, não significa propriamente uma adstrição.

O assunto, em verdade, é bastante controverso na doutrina: alguns autores veem o artigo 927 como rol não exaustivo do que se poderia considerar “precedentes” ou “precedentes

¹³⁷⁰ Nos termos do artigo 11, do RISTJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/articula/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016).

¹³⁷¹ Já que, como dito, com relação ao Supremo Tribunal Federal e à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não haveria maiores dificuldades, haja vista a hipótese insculpida no artigo 927, inciso V, do CPC/2015.

¹³⁷² Que enseja a avocação de determinado processo por órgão *ad quem* a fim de definir a interpretação acerca de determinada questão de direito.

vinculantes¹³⁷³; outros defendem que o caráter obrigatório/vinculante/vinculativo decorre da própria posição que os tribunais superiores ocupam na estrutura judiciária brasileira¹³⁷⁴; e outros sequer coadunam com a ideia de vinculatividade ou obrigatoriedade, sob a premissa de que a força obrigatória só poderia advir da Constituição¹³⁷⁵.

Na ausência de maior maturação do tema¹³⁷⁶, prefere-se aderir à ideia de que os acórdãos em embargos de divergência são

¹³⁷³ Assim entende, por exemplo, Ravi Peixoto (*Superação de precedente e segurança jurídica*, p. 167). O mesmo entendimento foi consagrado no Enunciado n. 170, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 170*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017).

¹³⁷⁴ Defende Luiz Guilherme Marinoni que “a eficácia obrigatória das *rationes decidendi* das decisões das Cortes Supremas é algo que logicamente deflui da leitura da Constituição à luz da teoria do direito” (*Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso* diante do novo CPC, p. 24).

¹³⁷⁵ Eis o que sustenta Rodolfo de Camargo Mancuso: “a franca atribuição, no ordenamento jurídico nacional, de força obrigatória ao *judgado paradigma* depende, ao nosso ver, de *emenda constitucional*, não bastando vir a matéria regulada apenas no registro *processual* [...], porque, antes e além das repercussões no *processo*, tal inovação toca ao próprio modelo político-institucional do país, alterando pois o *padrão* monogenético, há séculos estabilizado no primado da norma legal [Grifos do autor]” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 96).

¹³⁷⁶ Importante deixar claro que não se repudia a ideia de obrigatoriedade/vinculação/vinculatividade; mas vê-se, ainda com certa dificuldade, o caráter obrigatório/vinculante/vinculativo das decisões – ou dos “precedentes” – judiciais, a despeito do intenso movimento doutrinário em defesa desse posicionamento. Não se olvida – pelo contrário, se sobreleva – a importância das decisões exaradas pelas cortes de vértice, especialmente em sede de embargos de divergência; mas daí a afirmar-se que possuem caráter vinculante é um passo que exige substrato sólido, tanto na esfera constitucional quanto na teoria do direito. Entende-se que essa ideia precisa ser tratada com parcimônia. Por ora, esse contexto de indefinição, decorrente dos inúmeros dissensos

decisões paradigmáticas que, tanto pela sua origem quanto pelo seu conteúdo, devem ser consideradas nos julgamentos subsequentes à fixação da tese¹³⁷⁷ – seja mediante sua aplicação, seja mediante exposição das razões pelas quais não serve ao caso *sub judice*. Então, *contrario sensu*, o dever de observância impede que a tese jurídica fixada em embargos de divergência seja ignorada – o que, por certo, privilegia a função exercida pelos tribunais superiores.

3.8.2 Julgamento de improcedência liminar do pedido

O artigo 332 do CPC/2015 autoriza o julgamento de improcedência liminar, nas causas que dispensarem fase instrutória, dos pedidos que contrariarem: (i) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

O Código regrou a improcedência *prima facie* com maior precisão técnica elucidando, no artigo 332, as hipóteses que ensejam a extinção do processo com resolução de mérito em

doutrinários sobre o assunto, coloca em xeque a própria segurança jurídica, na medida em que não se tenha convicção do que deve ser observado ou não, do que vincula ou não, e de quais as consequências oriundas de uma ou outra conduta. Ademais, nem mesmo o CPC/2015 denota coerência em torno do assunto – o que não surpreende, tendo em vista se tratar de um código redigido sob a égide de um regime democrático, que contempla diversas orientações num único diploma (e, por derradeiro, não guarda a mesma coerência sistemática que se verificava no CPC/1973, por exemplo).

¹³⁷⁷ Concorde-se, nesse sentido, com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery quando comentam que “quanto à *tese jurídica* nelas fixada, as decisões fixam paradigmas para o futuro, que não vinculam nem obrigam terceiros, mas servem de parâmetro para juízes e tribunais decidirem, com implicação inclusive no juízo de admissibilidade de recurso (v.g., CPC 932) ou de remessa necessária (v. CPC 496, e até no juízo de mérito do recurso (v.g., CPC 932 IV e V) [Grifos do autor]” (*Código de Processo Civil Comentado*, p. 2397).

caráter liminar.¹³⁷⁸ O propósito subjacente à improcedência liminar é fulminar, de plano, pretensões contrárias a orientações exaradas pelos tribunais, sejam em súmulas (do STF, do STJ ou de tribunais de justiça), sejam em acórdãos (oriundos de recursos repetitivos, de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência). Em suma, as hipóteses tangem à existência de “*precedente* ou *jurisprudência contrária* à tese em que fundado o pedido [Grifos dos autores]”.¹³⁷⁹

Com fulcro nos argumentos esposados anteriormente (seção 3.8.1) e em uma análise sistêmica do CPC/2015, exsurge nítido o caráter paradigmático dos acórdãos proferidos em embargos de divergência, enquanto expressão máxima da interpretação conferida pelos tribunais superiores às questões de direito postas à sua apreciação. Em outros termos, as teses jurídicas definidas no julgamento de embargos de divergência devem ser observadas e servir de parâmetros orientadores da atuação dos magistrados e dos jurisdicionados.

Nesse sentido, é plenamente possível compreender que o rol insculpido no artigo 332 do CPC/2015 é passível de interpretação extensiva, a ponto de abarcar, também, acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, de maneira similar, defendem interpretação ampliativa, contudo partem da premissa de que o artigo 332 autoriza o julgamento liminar de improcedência do pedido quando houver *precedente* dissonante da pretensão da parte, independentemente

¹³⁷⁸ ABOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Da improcedência liminar do pedido. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 950-951. Aduzem os autores que “diferentemente da redação do art. 285-A do CPC/1973, a imperatividade do tempo verbal do caput do art. 332 do CPC/2015 revela que o julgamento de improcedência liminar do pedido tornou-se um dever do órgão judicial. De efeito, o legislador foi expresso em indicar que o juiz ‘julgará’ com base nessa técnica sempre que presenciar alguma das hipóteses legitimantes, retirando o caráter facultativo da norma [Grifo dos autores]” (*Ibidem*, p. 951).

¹³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3. p. 174.

da forma de que se reveste (acórdão oriundo de incidente de resolução de demandas repetitivas, de incidência de assunção de competência, de recurso extraordinário, de recurso especial etc.).¹³⁸⁰

Sem aderir ao que advogam os autores – notadamente em razão do substrato teórico que os inspira, no que concerne à compreensão dos “precedentes” –, defende-se que também os acórdãos proferidos no julgamento de embargos de divergência podem ensejar a improcedência liminar dos pedidos que lhes forem contrários. O objetivo, em última análise, é o mesmo das hipóteses consubstanciadas no artigo 332 do CPC/2015: abreviar o iter procedimental com a ciência de que mais cedo ou mais tarde o pedido encontrará óbice na jurisprudência dos tribunais. Ora, se os embargos de divergência constituem a última oportunidade para uniformizar a jurisprudência do STJ e do STF acerca de dada questão de direito, nada mais lógico que reconhecer, aos acórdãos daí oriundos, os mesmos efeitos previstos na lei processual em relação a outras decisões.

Assim, além das hipóteses previstas no artigo 332 do CPC/2015, sustenta-se que o pedido que contrariar tese jurídica fixada em embargos de divergência, em causa que dispense a fase instrutória, também enseja julgamento liminar de improcedência. Em outros termos, se a pretensão não encontra respaldo na orientação firmada pelos tribunais de vértice quanto ao direito federal ou constitucional, de igual forma pode ser julgada improcedente, em caráter liminar, prestigiando o princípio da economia processual.¹³⁸¹

¹³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 175

¹³⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 759. Leciona o autor que “as justificativas para essa medida drástica [improcedência liminar do pedido] ligam-se ao princípio da economia processual, bem como a valorização da jurisprudência, principalmente nos casos de demandas ou recursos repetitivos. Prendem-se, também, à repulsa, *prima facie*, das demandas insustentáveis no plano da evidência, dada a total ilegitimidade da pretensão de direito material veiculada na petição inicial [Grifos do autor]” (*Idem*).

3.8.3 Concessão de tutela de evidência

A tutela provisória de evidência está prevista no artigo 311 do CPC/2015 e pode ser concedida, entre outros, quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (artigo 311, inciso II)¹³⁸².

A lógica que subjaz a tutela pautada na evidência concerne à inversão do ônus do tempo no processo na medida em que, em muitos casos, não haja justificativas para protelar a tutela requerida pela parte, diante de um direito evidente.¹³⁸³ Na dicção de Luiz Fux, “a tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz [Grifos do autor]”.¹³⁸⁴

O CPC/2015 prevê a tutela de evidência como uma espécie de tutela provisória que dispensa o requisito da urgência¹³⁸⁵,

¹³⁸² BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016.

¹³⁸³ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 14 dez. 2011. p. 7. Ao versar sobre o que traduz um direito evidente, Luiz Fux assenta que o problema se coloca no plano fático: “os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se aduz a direito evidente, diz-se direito evidenciado em ao juízo através das provas. Essa característica tem natureza mista de direito material e processual. Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (*Idem*).

¹³⁸⁴ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 14 dez. 2011. p. 14.

¹³⁸⁵ Dispõe o artigo 294 do CPC/2015 que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência” (Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

bastando, para a sua concessão, a subsunção em uma das hipóteses preconizadas no artigo 311.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao versarem sobre a hipótese prevista no inciso II do artigo 311, apontam-na como um equívoco, sob o argumento de que o que denota a fragilidade da defesa do réu é o fato de a pretensão autoral estar albergada em *precedente* dos tribunais superiores ou dos tribunais de segundo grau (que não necessariamente coincidirão com teses firmadas em julgamento de casos repetitivos e em súmula vinculante). Embora o posicionamento dos autores não reflita a orientação adotada no presente trabalho – que não aborda a discussão em torno dos “precedentes” –, perpassa, em certa medida, o que se defende: a possibilidade de interpretar extensivamente o artigo 311, inciso II, do Código.

É imperioso reconhecer que também os acórdãos proferidos em julgamento de embargos de divergência podem ensejar a concessão de tutela provisória de evidência na hipótese do artigo 311, inciso II – isto é, quando as alegações de fato puderem ser demonstradas apenas mediante documentos e, cumulativamente, quando a pretensão do requerente encontrar respaldo em tese jurídica fixada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de embargos de divergência.

Eis mais um efeito que deflui da aproximação dos embargos de divergência ao julgamento de casos repetitivos: embora os embargos não exijam, para a sua interposição, multiplicidade de recursos acerca da mesma questão de direito (a exemplo dos recursos repetitivos), pacificam controvérsias jurisprudenciais no ápice do sistema recursal¹³⁸⁶. Em outros termos, os acórdãos proferidos em embargos de divergência

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

¹³⁸⁶ Em outros termos, a interposição dos embargos de divergência pressupõe o percurso de longa marcha procedimental: a ascensão aos tribunais superiores se dá com o intuito de discutir questões de direito – federal ou constitucional – mediante recurso – especial ou extraordinário; e, após, se constata dissonância jurisprudencial endógena ao tribunal superior, a ensejar a interposição do recurso objeto deste estudo.

refletem a interpretação dos tribunais superiores acerca da tese jurídica e, por consectário, devem orientar casos vindouros. Nessa toada, inexistem óbices a admitir que é possível formular pedido de tutela de evidência, nos termos do artigo 311, inciso II, com fulcro em entendimento firmado no julgamento do referido recurso.

No mesmo passo, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria propõem uma interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra insculpida no artigo 311, inciso II, de forma a entender ser possível a concessão de tutela de evidência também em outros casos, a exemplo daqueles previstos no artigo 927 do CPC/2015.¹³⁸⁷ A justificativa apresentada pelos autores é a seguinte:

A parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação –, encontra-se em estado de evidência. Demonstra não só a probabilidade de acolhimento da sua pretensão processual como também a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 90, CPC). Não é razoável, assim, impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem pretendido enquanto a parte adversa é beneficiada com a manutenção do *status quo ante*.¹³⁸⁸

¹³⁸⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. Tutela provisória de evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* (Coord.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). p. 426-427.

¹³⁸⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. Tutela provisória de evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* (Coord.). *Tutela provisória*, p. 427.

Embora caiba, aqui, a mesma ressalva quanto aos “precedentes” – cuja análise foge ao escopo deste trabalho –, reputa-se acertada a orientação dos autores ao preconizarem uma interpretação extensiva da previsão constante no artigo 311, inciso II. De fato, a evidência se refere à robustez da tese invocada pelo requerente diante dos entendimentos sustentados pelos tribunais, em especial pelos tribunais superiores.

Dessa forma, pode-se afirmar que não há razão para obstar pedido de tutela de evidência com fulcro no artigo 311, inciso II, se a parte comprovar documentalmente suas alegações de fato¹³⁸⁹ e demonstrar que sua pretensão tem guarida em entendimento exarado pelo tribunal superior em julgamento de embargos de divergência. É dizer: o acórdão oriundo de embargos de divergência servirá para reforçar a probabilidade do direito invocado pela parte¹³⁹⁰ assim como “a tese firmada em julgamento de casos repetitivos” e a súmula vinculante.¹³⁹¹

¹³⁸⁹ Conforme exige o artigo 311, inciso II, do CPC/2015, cumulativamente (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016).

¹³⁹⁰ Como é cediço, a concessão de tutela de evidência independe de urgência e se justifica na robustez da probabilidade do direito. É que, em alguns casos, a probabilidade é tamanha que não faz sentido imputar à parte o ônus relativo ao tempo do processo para a obtenção do provimento pretendido.

¹³⁹¹ Embora não mencione especificamente os acórdãos oriundos de embargos de divergência, o autor defende que a despeito de o inciso mencionar apenas a existência de tese firmada em “julgamento de casos repetitivos” ou em “súmula vinculante”, deve ser interpretado de forma extensiva, entendendo-se que o artigo 311, inciso II, “autoriza [...] a ‘tutela da evidência’ no caso de haver *precedente* do STF ou do STJ ou *jurisprudência* firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais [Grifos do autor]” (MITIDIERO, Daniel. Tutela de evidência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 796).

3.8.4 Dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença

O artigo 521 do CPC/2015 versa sobre as hipóteses em que a caução exigida no cumprimento provisório de sentença – para o levantamento de depósito em dinheiro e para a prática de atos previstos no artigo 520, inciso IV¹³⁹² – pode ser dispensada. Assim, dispensar-se-á caução nos casos em que o crédito for de natureza alimentar (inciso I); o credor demonstrar situação de necessidade (inciso II); pender agravo do artigo 1.042 (inciso IV); ou a sentença, objeto do cumprimento provisório, estiver em consonância com súmula dos tribunais superiores ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos (inciso V).

Cássio Scarpinella Bueno faz uma ressalva importante ao advertir que os incisos do artigo 521 não consubstanciam exigências cumulativas: basta a verificação de uma das hipóteses para que a caução seja dispensada.¹³⁹³

Nessa toada, a exemplo do que se desenvolveu nas seções acima, os entendimentos firmados em embargos de divergência também têm o condão de ensejar a dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença, por interpretação extensiva do artigo 521, inciso IV. Então, nos casos em que estiver pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo e for possível iniciar o cumprimento provisório, a parte vencedora não terá de prestar caução se a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com julgamento exarado em

¹³⁹² Prevê o artigo 520, inciso IV, que, no cumprimento provisório de sentença, “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

¹³⁹³ BUENO, Cássio Scarpinella. Do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1496.

sede de embargos de divergência pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

A exemplo do que se verifica nos julgamentos de casos repetitivos, a existência de acórdão oriundo de embargos de divergência em consonância com o teor da sentença confere maior segurança ao reduzir a possibilidade de alteração do título exequendo (por força de êxito em eventual recurso da parte sucumbente). Como pontua Humberto Theodoro Júnior, “trata-se de verdadeira espécie de tutela da evidência”¹³⁹⁴, de forma que se pode dispensar a caução, enquanto providência acautelatória, nos casos em que o título exequendo estiver em consonância com a tese jurídica firmada em sede de embargos de divergência.

3.8.5 Viabilidade de dispensa da remessa necessária

O artigo 496¹³⁹⁵ do CPC/2015 trata da remessa necessária, sucedâneo recursal que submete a reexame obrigatório as sentenças proferidas contra a União, os estados-membros, o Distrito Federal, os municípios, suas respectivas autarquias e fundações de direito público; e as sentenças que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. Nesses casos, a eficácia da sentença fica condicionada à reapreciação do caso pelo tribunal, razão pela qual, diz Araken de Assis, o julgamento, pelo tribunal, “assume o papel de evento futuro, mas imprescindível (= certo) à produção dos efeitos naturais do ato do juiz”.¹³⁹⁶

¹³⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 123.

¹³⁹⁵ Prevê o artigo 496 do CCPC/2015 que “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

¹³⁹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 8. ed., p. 1027.

Conforme previsto no Código (artigo 496, § 4º), esse *duplo grau obrigatório*¹³⁹⁷ pode ser dispensado nos casos em que a sentença estiver fundada em: (i) súmula de tribunal superior; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (iv) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Significa dizer que a eficácia das sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações de direito público, não fica suspensa caso estejam fundadas em tese jurídica fixada nos pronunciamentos judiciais previstos no artigo 496, § 4º. Em razão dos mesmos fundamentos expostos nas seções anteriores, não há óbices à interpretação extensiva, de forma a dispensar a remessa necessária também quando a sentença for consonante à tese jurídica fixada em julgamento de embargos de divergência.

Essa implicação também é sustentada por Nelson Nery Junior e por Rosa Maria de Andrade Nery que, não obstante rechacem qualquer caráter obrigatório/vinculante/vinculativo não previsto na Constituição, reconhecem a importância dos acórdãos proferidos em embargos de divergência, enquanto paradigmas a serem observados¹³⁹⁸.

3.8.6 Negativa de seguimento a recursos excepcionais interpostos contra decisões em conformidade com a tese jurídica fixada em julgamento de embargos de divergência

O artigo 1.030, inciso I¹³⁹⁹, do CPC/2015 prevê a possibilidade de o relator negar seguimento¹⁴⁰⁰ a (i) recurso

¹³⁹⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Da remessa necessária. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2105. p. 746.

¹³⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, p. 2397.

¹³⁹⁹ Incumbe destacar o teor do artigo 1.030, inciso I, do CPC/2015: “recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido

extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral; (ii) recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (iii) recurso extraordinário ou recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

Em mais uma oportunidade, versa o Código sobre efeitos oriundos de teses fixadas em julgamento de recursos repetitivos sem mencionar aquelas emanadas em julgamento de embargos de divergência. Foge à coerência – em especial, no contexto de valorização da jurisprudência que emerge do CPC/2015 – deixar de privilegiar os acórdãos proferidos no julgamento de um

será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

¹⁴⁰⁰ A atecnia da expressão não passou despercebida a Pedro Miranda de Oliveira, que salienta: “em termos de ciência processual, em rigor, negar seguimento simplesmente não existe. O que há efetivamente em sede recursal são as fases de admissibilidade e de mérito, em que, primeiramente, admite-se (conhece) ou não o recurso; conhecendo-o, deve o órgão judicante dar-lhe ou negar-lhe provimento (no mérito). E só” (Apontamentos sobre os poderes do relator nos tribunais. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, p. 433).

recurso que se presta a elidir, em último grau, a dissidência jurisprudencial endógena aos tribunais superiores.

Nesse enleio, sustenta-se que também esse artigo comporta interpretação ampliativa, a ponto de consagrar os entendimentos firmados em julgamento de embargos de divergência – que, de igual forma, ou além disso, traduzem a orientação do tribunal quanto à questão jurídica.

Reafirma-se o papel uniformizador do recurso que, por sua vez, viabiliza o exercício da função precípua dos tribunais superiores. Afinal, seria inócua a admissão de um recurso excepcional cujas razões não encontrem respaldo na orientação firmada pelos próprios tribunais a que são endereçados (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal), em embargos de divergência.

3.8.7 Provimento e desprovimento de recursos consonantes ou dissonantes da tese jurídica fixada em julgamento de embargos de divergência

O artigo 932¹⁴⁰¹ do CPC/2015 consagra os poderes do relator. Além de incumbi-lo da direção do processo (inciso I), é

¹⁴⁰¹ Na dicção do artigo 932 do CPC/2015, “incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconsideração da

competente para apreciar pedido de tutela provisória (inciso II), para realizar o juízo de admissibilidade recursal (inciso III) e, entre outros, para dar ou negar provimento a recurso conforme suas razões sejam consonantes ou dissonantes a decisões consideradas paradigmáticas pela nova sistemática processual civil.

Assim, o relator está autorizado a desprover recursos cujas razões contrariem: (i) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Por outro lado, está autorizado a dar provimento a recursos interpostos contra decisões que forem contrárias a: (i) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

A lei prevê uma equivalência entre as hipóteses que ensejam o provimento e o desprovimento do recurso, conforme as razões recursais se afigurem consonantes ou dissonantes ao entendimento sufragado pelos tribunais, em especial, pelos tribunais superiores, em julgamentos de recursos repetitivos ou enunciados de súmula. Em todos os casos, verifica-se o propósito de privilegiar aquilo que foi sedimentado na jurisprudência, o que concretiza o princípio da segurança jurídica e evita distinções legítimas. Ademais, a autorização conferida ao relator propicia que dê ou negue provimento a recursos sem necessidade de submeter a julgamento colegiado, o que imprime maior celeridade à marcha processual.

personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

Ademais, como observa Humberto Theodoro Júnior, a pretensão ao privilegiar a jurisprudência sumulada pelos tribunais não é conferir aos enunciados de súmula caráter vinculante, mas “simplificar o recurso, propiciando sua solução pelo próprio relator”¹⁴⁰².

Nesse contexto, a tese jurídica fixada em embargos de divergência deve dar azo ao desprovimento e ao provimento de recursos, com fulcro nas hipóteses previstas no artigo 932, incisos IV e V, do CPC/2015. Também permitirá o desprovimento de recursos que forem contrários à tese jurídica e, noutra senda, o provimento das insurgências recursais que se reputarem consonantes com a tese fixada em embargos de divergência pelo tribunal superior – exatamente como ocorre quando há súmulas, acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos, em entendimentos firmados em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência. Eis mais um ponto que enseja aproximação entre os efeitos e as consequências decorrentes dos embargos de divergência daqueles que defluem de outros julgamentos elencados como paradigmáticos pela nova sistemática processual civil.

3.8.8 Presunção de existência de repercussão geral

A repercussão geral constitui requisito essencial à interposição de recurso extraordinário, nos termos do artigo 102, § 3º¹⁴⁰³, da Constituição Federal. Só ascendem ao Supremo Tribunal Federal os recursos que versarem sobre questões constitucionais que apresentarem relevância (isto é, que despertarem interesse sob o ponto de vista econômico, social,

¹⁴⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 1000.

¹⁴⁰³ Conforme o artigo 102, § 3º, CF/1988: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016).

político e/ou jurídico) e transcendência (isto é, com capacidade de projeção extraprocessual).¹⁴⁰⁴

Na vigência do CPC/1973, havia hipóteses de presunção de existência de repercussão geral, sendo *absolutas* a contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, e *relativas* a divergência entre tribunais acerca de questão constitucional, a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, a existência de ação de controle concentrado de constitucionalidade e as ações coletivas.¹⁴⁰⁵

Com o advento do CPC/2015, que preconiza maior valorização das decisões judiciais, as presunções de existência da repercussão geral foram ampliadas: primeiro, tornou absoluta a presunção nos casos em que o recurso extraordinário impugnar decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (artigo 102, inciso III, alínea 'b'); segundo, acrescentou a presunção absoluta nos casos em que o recurso for interposto contra acórdão proferido em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas que houver enfrentado questão constitucional (nos termos do artigo 987, § 1º, CPC/2015).¹⁴⁰⁶ Nesse contexto, figuram como presunções relativas da existência de repercussão geral a divergência entre tribunais acerca de questão constitucional, a existência de ação de controle concentrado de constitucionalidade e os casos repetitivos cuja questão possua natureza constitucional relevante.¹⁴⁰⁷

Elemento comum às hipóteses que configuram presunções relativas é a importância da questão constitucional versada: se houver discussão dessa natureza, por exemplo, em sede de recursos extraordinários repetitivos, impende reconhecer a repercussão geral a fim de admitir o processamento dos recursos. A partir disso, exsurge a questão quanto à presunção da existência de repercussão geral nos casos em que o recurso

¹⁴⁰⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 291.

¹⁴⁰⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*, p. 309, 312-313.

¹⁴⁰⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 301-302.

¹⁴⁰⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*, 3. ed., p. 303-304.

extraordinário impugnar decisão contrária à tese fixada em sede de embargos de divergência.

Assim como ocorre nos casos em que o recurso extraordinário impugna decisão contrária à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, deve-se preservar, em última análise, a autoridade das decisões proferidas pelo referido tribunal como decorrência da própria estrutura hierárquica do Poder Judiciário brasileiro. Frise-se que tal inferência não significa retomar a questão da vinculação – a qual, como dito, foge aos limites do presente trabalho. Mas sem dúvidas o ponto merece ser explorado, haja vista que os embargos de divergência promovem a uniformização jurisprudencial no âmbito do próprio tribunal, de forma a irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Com fulcro nessas premissas, o artigo 1.035, § 3º, inciso I¹⁴⁰⁸, do CPC/2015 – que versa sobre a presunção de repercussão geral quando o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal – também merece ser interpretado extensivamente, de forma a presumir-se a existência de repercussão geral nos casos em que o recurso extraordinário impugnar acórdão que contrarie tese jurídica firmada em sede de embargos de divergência.

Os embargos de divergência traduzem, exatamente, a jurisprudência dominante (senão pacífica, por força da eliminação do dissídio) do Supremo Tribunal Federal acerca da questão constitucional enfrentada, de forma que estariam compreendidos implicitamente no artigo 1.035, § 3º, inciso I, do Código.

¹⁴⁰⁸ Dispõe o artigo 1.035, § 1º, inciso I, do CPC/2015 que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL. Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016).

3.8.9 Cabimento de reclamação em caso de inobservância da tese fixada em embargos de divergência

A reclamação é ação impugnativa autônoma¹⁴⁰⁹ à qual o CPC/2015 conferiu notável relevo, ampliando suas hipóteses de cabimento que se encontram dispostas no artigo 988. Assim, o Código prevê o cabimento de reclamação, por iniciativa da parte interessada ou do Ministério Público, para: (i) preservar a competência do tribunal; (ii) garantir a autoridade das decisões do tribunal; (iii) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (iv) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Da análise do dispositivo, exsurge nítida a preocupação do legislador em resguardar a competência do tribunal e, principalmente, garantir a autoridade de suas decisões. Ambos os propósitos tutelados pela reclamação são essenciais à manutenção da coerência e da unidade do sistema jurídico brasileiro.¹⁴¹⁰

Diante disso, reiterando o papel desempenhado pelos embargos de divergência na sistemática recursal brasileira,

¹⁴⁰⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 8. ed., p. 1060. Ao se referir à reclamação, diz o autor que “não se cuidando de recurso, e considerando o alvo do remédio (o provimento do órgão judiciário), a reclamação constitui nítida ação impugnativa autônoma [...]. Cuida-se de exercício de pretensão à tutela jurídica do Estado, formando-se relação processual autônoma e processo objeto litigioso próprio” (*Idem*). Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, no mesmo sentido, a definem como “uma ação que visa a preservar a competência de tribunal, garantir a autoridade das decisões de tribunal e garantir a eficácia dos precedentes das Cortes Supremas e da jurisprudência vinculante das Cortes de Justiça (art. 988, CPC)” (*Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 1045). Ainda, para Ezair José Meurer Junior, “a reclamação é um processo de competência originária dos tribunais e visa à preservação de suas respectivas competências ou a garantia da autoridade de suas decisões” (*Súmula vinculante no CPC/2015*).

¹⁴¹⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Da reclamação. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2105. p. 1458-1459.

sustenta-se que a parte interessada poderá propor reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, se não for aplicada tese jurídica fixada em embargos de divergência – o que violaria a autoridade das decisões do respectivo tribunal, subsumindo-se na hipótese prevista no artigo 988, inciso II, do CPC/2015.

Em suma, é essencial analisar o CPC/2015 por um viés sistêmico, considerando o conjunto de suas disposições e sua correlação com a ordem constitucional vigente. De nada adianta prever que os tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”¹⁴¹¹ sem que essa jurisprudência seja observada pelos próprios tribunais e pelos tribunais hierarquicamente inferiores. Igualmente inócuo é reconhecer a função constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal sem conferir a devida importância aos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência.

Assim, defende-se que os entendimentos firmados no julgamento dos embargos de divergência – cujo objetivo é, precisamente, “uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, internamente”¹⁴¹² – irradiam efeitos por todo o sistema como decorrência da própria posição que os tribunais ocupam e da própria função que lhes atribuiu a Constituição Federal.

¹⁴¹¹ Tal qual preleciona o artigo 926 do CPC/2015.

¹⁴¹² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Dos embargos de divergência. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1395.

CONCLUSÃO

A valorização das decisões judiciais e o reconhecimento do papel exercido pelos magistrados no desenvolvimento do direito gera, por conseqüência, a necessidade de controlar e de conter a proliferação de dissidências jurisprudenciais. O Poder Judiciário é uma estrutura única, composta por vários segmentos hierarquicamente organizados, cada qual com a incumbência de desempenhar específicas funções.

Da própria estrutura judiciária brasileira deflui a importância conferida aos tribunais superiores que, alocados no vértice, têm como função precípua zelar pela uniformidade do direito federal e constitucional. Assim, a autoridade de suas decisões decorre da própria Constituição Federal, independentemente de previsão legal.

Com fulcro nessa premissa, os embargos de divergência figuram como meio apto a eliminar dissidências jurisprudências interinas aos órgãos de cúpula, com vistas a uniformizar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca das questões de direito postas à sua apreciação. Se, por um lado, foi inevitável o fracionamento desses tribunais em órgãos colegiados, a fim de viabilizar seu funcionamento (e dar vazão à enorme quantidade de processos que lhes são submetidos), por outro, a lei processual previu um meio de impugnação cujo propósito é, justamente, combater as dissidências que podem exsurgir no interior dos próprios tribunais superiores. Os embargos de divergência, portanto, foram concebidos no direito brasileiro como resposta, como um meio de solucionar os impasses advindos do fracionamento do Supremo Tribunal Federal em turmas.

Nesse contexto, o presente trabalho foi desenvolvido com o escopo de analisar, criticamente, os embargos de divergência, como meio processual adequado à eliminação dos dissídios jurisprudenciais endógenos aos tribunais superiores, na configuração que lhes foi conferida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ao primeiro capítulo, reservou-se a incumbência de situar o princípio da segurança jurídica como fundamento do Estado Constitucional brasileiro, que se prospecta em diferentes vieses. Sem pretensão de exaurir o tema, tratado pelo prisma do direito processual civil, expôs-se, inicialmente, a previsão do referido

princípio na Constituição Federal, imiscuída em várias passagens que aludem às prerrogativas conferidas aos jurisdicionados – a exemplo dos princípios da legalidade, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal e da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Após esse intuíto, o esforço de pesquisa foi explorar a segurança jurídica como “fato” e como “norma-princípio” que figuram entre as múltiplas acepções da expressão. Ato contínuo, analisou-se a segurança jurídica enquanto cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade para, então, abordá-la pelo prisma normativo (desde a elaboração até a aplicação da lei). Em suma, diante das breves digressões de cunho teórico, elucidou-se a riqueza semântica do princípio da segurança jurídica e sua estreita imbricação com o direito processual civil – em especial, por preconizar a unidade e a uniformidade interpretativa do direito.

Tratou-se, em seguida, do princípio da segurança jurídica na função jurisdicional, especialmente com o propósito de destacar a necessidade de cultivar a calculabilidade e a confiabilidade do direito. Abordou-se, nesse sentir, o movimento de valorização das decisões judiciais, em contraponto com a legalidade estrita; a função interpretativa dos órgãos julgadores e sua contribuição ao desenvolvimento do direito; a jurisprudência e seus reflexos no processo civil brasileiro; e, finalmente, a necessária previsibilidade dos julgamentos e da estabilidade das relações jurídicas.

Delineados os contornos gerais da segurança jurídica na função jurisdicional, o segundo capítulo do trabalho se dedicou a discorrer sobre os tribunais superiores, a dispersão jurisprudencial e os meios recursais de contenção no direito brasileiro.

Inicialmente, ponderou-se sobre os tribunais superiores brasileiros e sobre a função de outorga de unidade ao direito. Em breve incursão histórica, foram resgatadas as influências estrangeiras que inspiraram a conformação da estrutura judiciária brasileira, notadamente as cortes de cassação francesa e italiana, assim como os assentos portugueses – que, por um período, foram aplicados no Brasil. Neste ponto, abordou-se, brevemente, a distinção preconizada por parcela da doutrina entre *Cortes Superiores* e *Cortes Supremas*, conforme as funções desempenhadas pelos órgãos de cúpula e conforme as suas atribuições, oriundas da ordem constitucional, cujos aportes

teóricos permitiram concluir que os tribunais superiores brasileiros são mais afeitos ao modelo de *Cortes Superiores*.

Em seguida, discorreu-se sobre a conformação do Supremo Tribunal Federal, antes e após a Constituição Federal de 1988, norma máxima que criou o Superior Tribunal de Justiça, perpetrando alterações funcionais e estruturais no Poder Judiciário brasileiro. Tratou-se, ainda, da função precípua constitucionalmente atribuída aos órgãos de cúpula (função nomofilática); da crise dos tribunais e das medidas engendradas com vistas à sua superação (notadamente, a Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”), e, por fim, da ameaça sobre a função exercida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do excessivo número de processos submetidos à sua apreciação.

Nesse enleio, ponderou-se sobre a divergência jurisprudencial e os meios recursais de contenção no direito brasileiro, momento em que se pôde esclarecer que a divergência não necessariamente se reveste de um caráter negativo na medida em que viabiliza a evolução do direito – notadamente, com a maturação das teses jurídicas –, contudo, passa a configurar ameaça, em especial à segurança jurídica, quando se traduz em distinções ilegítimas, conferindo tratamentos díspares a casos similares.

O processo civil brasileiro contempla alguns meios recursais de contenção e de combate à divergência jurisprudencial, entre os quais figuram os embargos de divergência, que constituem o cerne deste trabalho. Os embargos de divergência são um meio de impugnação voltado à eliminação dos dissídios verificados no interior dos tribunais superiores, de modo que configuram a última etapa da uniformização jurisprudencial. Por sua natureza recursal e característica de recurso extraordinário (à luz do significado que a expressão assumiu no direito brasileiro), os embargos de divergência tutelam não só o direito das partes envolvidas no litígio, mas, principalmente, o direito objetivo, evidenciando a função publicística do processo.

Após breve incursão histórica, com o propósito de resgatar as origens do recurso nominado embargos de divergência no direito brasileiro, chegou-se ao terceiro capítulo, ápice deste trabalho.

O Código de Processo Civil de 2015, em sua versão original, privilegiou notavelmente os embargos de divergência, ampliando as hipóteses de cabimento do recurso, de forma a viabilizar sua interposição sempre que verificada divergência jurisprudencial, independentemente de sua natureza (relativa a direito material ou processual, ao mérito ou à admissibilidade recursal) e independentemente da proveniência dos acórdãos confrontados, recorrido e paradigma (de recurso especial ou extraordinário, de ações de competência originária dos tribunais superiores).

Contudo, o afã inicial durou pouco e a Lei n. 13.256/2016 (que passou a vigor na mesma data que o CPC/2015) tornou natimortas as previsões que viriam a ampliar o cabimento do recurso, fulminando discussões travadas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Por tal razão, é acertado dizer que a referida lei representou um verdadeiro retrocesso.

A despeito dessa perda de oportunidade, é inegável que a configuração dos embargos de divergência significou avanço na nova sistemática processual civil. No âmbito dos requisitos de admissibilidade, a sanabilidade de vícios denota um progresso na processualística civil, que preconiza o mérito em detrimento da forma, relegando a segundo plano preciosismos que outrora impediam a tutela do direito invocada pelas partes.

As hipóteses de cabimento do recurso apresentam-se com maior clareza, elidindo controvérsias jurisprudenciais acerca da possibilidade de interpor embargos de divergência contra acórdãos oriundos de agravo interno e agravo em recurso extraordinário ou em recurso especial. Merecedora de destaque, todavia, é a previsão de que o recurso pode ser interposto mesmo nos casos em que não se verificar o mesmo grau de conhecimento no acórdão embargado e no acórdão paradigma (isto é, quando tenha havido enfrentamento do mérito recursal, não obstante inadmitido o recurso). Eis uma alteração que privilegia a função desempenhada pelo recurso no direito brasileiro – qual seja, eliminar dissidências endógenas aos tribunais superiores – e que combate iniciativas jurisprudenciais refratárias ao enfrentamento do mérito.

As hipóteses de descabimento do recurso também foram contempladas na análise, sem olvidar questões polêmicas que lhes são adjacentes. Nessa seara, algumas importantes inferências emergiram: (i) impossibilidade de interposição dos embargos de

divergência quando a dissidência for concernente ao juízo de admissibilidade (hipótese de cabimento suprimida pela Lei n. 13.256/2016); (ii) cabimento do recurso contra acórdão proveniente de julgamento de recurso especial repetitivo (e não cabimento contra acórdão oriundo de recurso extraordinário repetitivo); (iii) impossibilidade de interposição dos embargos de divergência pela via adesiva; (iv) impossibilidade, em alguns casos, e desnecessidade, em outros, de interposição conjunta de embargos de divergência e recurso extraordinário, quando o acórdão recorrido comportar ambos os recursos.

Enfrentadas essas discussões, analisou-se a “divergência” que enseja a interposição do recurso e suas características. Em linhas gerais, a divergência pode ser de cunho material ou processual, por previsão expressa do CPC/2015, deve ser atual e demonstrada mediante cotejo analítico entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma. É, ademais, irrelevante, para fins de sua aferição, que o acórdão embargado e/ou o acórdão paradigma tenham sido proferidos por unanimidade ou não. Ainda, a jurisprudência dos tribunais superiores autoriza que a demonstração do dissídio seja realizada tão só pelo confronto de ementas nos casos em que se tratar de divergência notória.

Em seguida, veio a análise dos efeitos do recurso: obstativo, interruptivo, devolutivo, translativo, suspensivo, substitutivo e expansivo, valendo destacar a previsão do efeito interruptivo no CPC/2015, que consagra notável avanço ao fulminar a discussão (e a correlata insegurança) verificada na vigência do Código revogado. Vê-se, então, que a alteração se coaduna com o princípio da segurança jurídica e com o princípio da economia processual (ao facultar à parte recorrente a possibilidade de interpor um único recurso extraordinário, após o julgamento dos embargos de divergência, caso subsista o interesse recursal).

Aspectos atinentes ao procedimento dos embargos de divergência foram tratados na seção subsequente. Em meio às discussões suscitadas, defendeu-se a possibilidade de julgar embargos de divergência pelo procedimento dos recursos repetitivos como forma de aproximar as consequências de um e de outro, e de prestigiar o papel desempenhado pelos embargos de divergência no direito processual civil brasileiro. Por outro lado, aponta-se a inviabilidade de sobrestar embargos de divergência em razão da afetação de recurso especial ou recurso

extraordinário ao rito de recursos repetitivos. Ainda, nessa linha de aproximação dos embargos de divergência com os recursos repetitivos, pode-se sustentar que é admitida a intervenção de *amicus curiae* (a fim de contribuir com o debate da tese jurídica veiculada no recurso) e que a desistência do recurso pelo recorrente não obsta o julgamento da questão de direito.

Adiante, foi necessário abordar as formas de insurgência contra decisões que julgam embargos de divergência e, por fim, centrar a atenção na discussão quanto à eficácia dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência. É indiscutível que os acórdãos oriundos do julgamento de embargos de divergência constituem decisões paradigmáticas na medida em que implicam a definição da interpretação que deve prevalecer acerca de determinada questão de direito. Por consectário, visualiza-se, sem maiores dificuldades, que tais decisões devem servir de parâmetro para o julgamento de casos vindouros.

Transpondo a questão ao contexto inaugurado pelo CPC/2015, vê-se que não obstante o afã em torno do que se convencionou denominar “sistema de precedentes”, o Código nada versou sobre os efeitos e as consequências para os tribunais superiores em sede de embargos de divergência – o que, segundo se defende, não minora a importância nem enseja a inobservância das conclusões exaradas nos julgamentos de embargos de divergência.

Em meio a esse contexto, e a despeito das controvérsias doutrinárias em torno do significado de “precedente judicial” e de qual a sua eficácia, defende-se que, independentemente de atribuir caráter obrigatório/vinculante/vinculativo e das consequências oriundas dessa qualificação (que ensejarão, ainda, intensos debates doutrinários), os acórdãos proferidos em embargos de divergência devem surtir efeitos semelhantes a outras decisões paradigmáticas, a exemplo dos acórdãos provenientes de julgamentos de recursos repetitivos, de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de incidentes de assunção de competência.

Assim, fica claro que as teses jurídicas fixadas em julgamento de embargos de divergência são passíveis de acarretar as seguintes consequências, por interpretação extensiva: (i) dever de observância da decisão tanto pelo próprio tribunal prolator quanto pelos tribunais hierarquicamente inferiores; (ii) julgamento de improcedência liminar do pedido; (iii) concessão

de tutela provisória de evidência; (iv) dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença; (v) dispensa da remessa necessária; (vi) negativa de seguimento a recursos excepcionais; (vii) presunção de existência da repercussão geral.

Com esteio em uma interpretação sistêmica do CPC/2015, percebe-se ainda a coerência e a importância (ao que parece, olvidada pelo legislador) dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência, como expressão máxima da função desempenhada pelos tribunais superiores e como última oportunidade de eliminar a divergência jurisprudencial. Em síntese, é inócuo prever o dever de manter a jurisprudência íntegra, estável e incoerente sem reconhecer a função constitucionalmente atribuída aos tribunais superiores, cujos pronunciamentos – em especial, em sede de embargos de divergência – devem irradiar efeitos por todo o sistema, como decorrência da própria posição que ocupam na estrutura judiciária brasileira.

Do exposto, vê-se que o legislador do CPC/2015 pôs fim a algumas controvérsias que se espalharam na doutrina e na jurisprudência à luz do CPC/1973. Contudo, foi omissivo em alguns pontos e o que era para constituir verdadeira inovação, no âmbito dos embargos de divergência, não resistiu às alterações perpetradas pela Lei n. 13.256/2016.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Da improcedência liminar do pedido. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 946-953.
- ABDO, Helena Najjar. Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 220-252.
- AFONSO DA SILVA, José. *Do recurso extraordinário no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- _____. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 15-30.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Genesis, v. 27, p. 22-51, jan/mar. 2003.
- _____. Embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça. Conceito e semelhança. O que interessa é o fato jurídico nuclear, desimportando diferenças irrelevantes do ponto de vista jurídico. Exame lógico do problema. Admissibilidade do recurso interposto à luz dos princípios que regem a matéria. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 131, p. 165-172, jan. 2006.

_____; ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário – força vinculante das decisões do Supremo. Declaração de constitucionalidade. Juizados especiais. Valorização dos recursos processuais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, p. 269-281, jan/mar. 1997.

ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-47.

_____. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-99.

_____. Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da súm. 599 do STF. *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 144, p. 9-22, fev. 2007.

_____; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1282-1292.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Dos recursos cíveis (Esboço legislativo)*. Curitiba: Imprensa Universidade do Paraná, 1962.

_____. Alcance e eficácia do julgamento que “não conhece do recurso” no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Interpretação do acórdão recorrido. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Genesis, v. 1, ano 1, p. 333-337, jan/abr. 1996.

_____. Estatística judiciária. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 110, ano 28, p. 9-18, abr/jun. 2003.

_____. Demasiados recursos? *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 136, p. 9-31, jun. 2006.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Da remessa necessária. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2105. p. 744-746.

ARMELIN, Donaldo. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império da orientação superada. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, Fórum, ano 15, v. 59, p. 31-48, jul./set. 2007.

ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa Celina. Teoria geral dos recursos. *Revista de processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 58, p. 150-156, abr/jun. 1990.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 57, v. 384, p. 53-62, out. 2009.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.

_____. Dos embargos de divergência. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre Reis Siqueira (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1394-1398.

_____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *et al* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. De acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ASSIS, Araken de. Efeito devolutivo da apelação. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 3, p. 141-160, set/out. 2001.

_____. Prequestionamento e embargos de declaração. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 288, p. 5-27, out. 2001.

_____. Introdução aos sucedâneos recursais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, ano 51, v. 310, p. 7-37, ago. 2003.

_____. Proibição da *reformatio in pejus* no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 375, ano 57, p. 11-24, jan. 2009.

_____. *Manual dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

_____. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida; BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. Os embargos de divergências nas instâncias ordinárias. *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 26, p. 83-94, abr/jun. 1982.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. _____. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1979.

_____. *Curso de processo civil*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

_____. Jurisdição. In: _____. GOMES, Fábio (Coord.). *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, Magister, ano 1, v. 5, p. 76-97, mar./abr. 2005.

_____. “Questão de fato” em recurso extraordinário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, Magister, v. 13, p. 79-97, jul/ago. 2006.

_____. Justiça da lei e justiça do caso. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, ano 104, v. 400, p. 189-205, nov./dez. 2008.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 87-101.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. A redação da Emenda Constitucional n. 45 (Reforma da Justiça). *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 39-46, mar/abr 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 32, n. 100, p. 187-199, dez. 2005.

_____. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 102, n. 383, p. 181-191, jan/fev. 2006.

_____. Reforma do Judiciário: a Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Magister, v. 11, p. 56-69, mar/abr. 2006.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6. n. 23, 2003.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 496 a 565. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 7.

_____. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. Reforma do Judiciário? Considerações sobre a Emenda Constitucional n. 45. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 65-67, mar/abr. 2005.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Puglilesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. *O julgamento por amostragem nos recursos especiais repetitivos*: celeridade e efetividade da prestação jurisdicional no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 209, de 23 de agosto de 2012*. Insere o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e renumera o parágrafo único. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoompilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. *Constituição de 1988*. Publicação original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931*. Reorganiza provisoriamente o Supremo Tribunal Federal e estabelece regras para abreviar os seus julgamentos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19656-3-fevereiro-1931-508520-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937*. Dispõe sobre a extinção da Justiça Federal e o andamento das causas em curso, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 2004* – Exposição de motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936*. Regula o recurso das decisões finais das Câortes de (App- palavra inlegível) e de suas Camaras. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949*. Torna embargáveis as decisões das Turmas do Supremo Tribunal Federal, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0623.htm>. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 5.442, de 24 de maio de 1968*. Modifica a redação de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5442.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994*. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8950.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. *Lei n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11636.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.015, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. Altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13256.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgRg nos EREsp n. 1.341.710/PI. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 28.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300348516&dt_publicacao=28/11/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 444.621/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 28.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303984263&dt_publicacao=28/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 672.620/RJ. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 03.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500473130&dt_publicacao=03/11/2016>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 704.028/RJ. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 19 outubro 2016. Publicação 10.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500881580&dt_publicacao=10/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 739.923/RJ. Relator Ministro Felix Fischer. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2016. Publicação 13.10.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501636817&dt_publicacao=13/10/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 837.476/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201503274055&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em 20 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 839.173/SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 29.11.2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600010724&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EAREsp n. 844.829/SP. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2016. Publicação 11.10.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600033986&dt_publicacao=11/10/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AgInt nos EAREsp n. 247.327/PR. Relator Ministro Jorge Mussi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 25.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402483100&dt_publicacao=25/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl nos EAREsp n. 730.421/SC. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 novembro 2016. Publicação 01.12.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501471468&dt_publicacao=01/12/2016>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDiv em AREsp n. 810.899/RS. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502805309&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.050.643/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800860625&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.121.095/PR. Relator Ministro Jorge Mussi. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 novembro 2016. Publicação 02.12.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400399730&dt_publicacao=02/12/2016>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.408.845/SP. Relator Ministro Jorge Mussi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 25.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401339720&dt_publicacao=25/11/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.418.819/MS. Relator Ministro Og Fernandes. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 24.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301901448&dt_publicacao=24/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.445.348/CE. Relator Ministro Og Fernandes. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 24.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400689403&dt_publicacao=24/11/2016>. Acesso em: 28 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.446.201/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 agosto 2016. Publicação 19.09.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400731712&dt_publicacao=19/09/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.543.857/DF. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501747023&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.548.898/SP. Relator Ministro Humberto Martins. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2016. Publicação 24.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500620714&dt_publicacao=24/11/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp n. 1.566.452/SP. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502686490&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Pet no REsp n. 1.200.492/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 25 maio 2016. Publicação 05.09.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001169433&dt_publicacao=05/09/2016>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AgRg nos EAg n. 1.332.861/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 setembro 2015. Publicação 09.11.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200879223&dt_publicacao=09/11/2015>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAg n. 8 RJ 2004/0154847-5. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 9 setembro 2009. Publicação 18.09.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401548475&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAg n. 1.328.641/RJ. Relator Ministro Castro Meira. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2011. Publicação 14.10.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%Eancia+diverg%Eancia+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=56>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAREsp n. 566.164/GO. Relator Ministro Jorge Mussi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 setembro 2015. Publicação 05.10.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403158393&dt_publicacao=05/10/2015>. Acesso em: 4 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EAREsp n. 586.964/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 fevereiro 2016. Publicação 26.02.2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402446089&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDiv em AREsp n. 536.274/RO. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 08.11.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401515471&dt_publicacao=08/11/2016>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 180.792/PE. Relator Ministro Franciulli Netto. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 3 agosto 2005. Publicação 27.03.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900969170&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 195.678/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Relator para Acórdão Ministro Nilson Naves. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 11 dezembro 2000. Publicação 01.07.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900708636&dt_publicacao=01/07/2002>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 274.508/SP. Relator Ministro Felix Fischer. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 20 março 2006. Publicação 10.04.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201271019&dt_publicacao=10/04/2006>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 303.546/MT. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 25 setembro 2013. Publicação 01.10.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300643511&dt_publicacao=01/10/2013>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 611.395/MG. Relator Ministro Gilson Dipp. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 7 junho 2006. Publicação 01.08.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501975410&dt_publicacao=01/08/2006>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 719.603/RS. Relator Ministro Francisco Falcão. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 novembro 2008. Publicação 04.12.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exig%EDvel%2C+como+m%EDnimo%2C+a+indica%E7%E3o+e+a+transcri%E7%E3o+de+trechos+de+ac%F3rd%E3o+supostamente+paradigma&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 827.194/SC. Relator Ministro Humberto Martins. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 9 setembro 2009. Publicação 18.09.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802654994&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 909.177/MS. Relator Ministro Gilson Dipp. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 12 maio 2011. Publicação 07.06.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embargos+de+diverg%EAnCIA+diverg%EAnCIA+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=60>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 954.663/RS. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 23 junho 2010. Publicação 29.06.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000566706&dt_publicacao=29/06/2010>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.024.001/RJ. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 24 novembro 2011. Publicação 13.12.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001482529&dt_publicacao=13/12/2011>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.068.449/RJ. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro 2012. Publicação 01.02.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000747548&dt_publicacao=01/02/2013>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.070.896/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 25 abril 2013. Publicação 10 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mosstrar&num_registro=201200588449&dt_publicacao=10/05/2013>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.072.281/MG. Relator Ministro Humberto Martins. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 dezembro 2015. Publicação 26.02.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801424933&dt_publicacao=26/02/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.091.363/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 novembro 2015. Publicação 16.10.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402219332&dt_publicacao=16/10/2015>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.193.789/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti. Relatora para Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 novembro 2014. Publicação 04.03.2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303945249&dt_publicacao=04/03/2015>. Acesso em: 4 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.203.498/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 23 abril 2012. Publicação 09.05.2012. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embarcos+de+diverg%Eancia+diverg%Eancia+not%F3ria&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=50>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.442.743/RS. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 setembro 2014. Publicação 24.09.2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401824189&dt_publicacao=24/09/2014>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.451.336/SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. Primeira Seção. Brasília, DF, julgamento em 26 outubro 2016. Publicação 29.11.2016. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400976070&dt_publicacao=29/11/2016>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp n. 1.494.036/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 18 dezembro 2015. Publicação 02.02.2016. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402704486&dt_publicacao=02/02/2016>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo n. 2*. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 130.605/DF. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 13 outubro 1999. Publicação 23.04.2001. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900217497&dt_publicacao=23/04/2001>. Acesso em: 1 jan . 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 385.783/RS. Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 27 outubro 2004. Publicação 15.06.2005. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200301127182&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 525.796/RS. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Segunda Seção. Brasília, DF, julgamento em 25 outubro 2006. Publicação 19.03.2007. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=525796&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 733.188/RS. Relator Ministro OG Fernandes. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 10 dezembro 2008. Publicação 24.09.2009. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701104190&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.134.957/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 24 outubro 2016. Publicação 30.11.2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=embar gos+de+diverg%EAnCIA+ac%F3rd%E3o+recurso+especial+repet itivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.177.349/ES. Relator Ministro Ari Pargendler. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 15.05.2013. Publicação 29.05.2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201876968&dt_publicacao=29/05/2013>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.236.822/PR. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 16 dezembro 2015. Publicação 05.02.2016. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402542789&dt_publicacao=05/02/2016>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 1.403.532/SC. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 6 maio 2015. Publicação 25.09.2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400347460&dt_publicacao=25/09/2015>. Acesso em: 29 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Manual de padronização de textos do STJ*. 2. ed. Brasília: STJ, 2016. p. 255. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/////index.php/Manual/article/view/1016/950>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição n. 2.169/PI. Relatora Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Brasília, DF, julgamento em 10 março 2004. Publicação 22.03.2004. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=21>>

69&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp n. 1.063.343/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 17 dezembro 2008. Publicação 04.06.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801289049&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCD no ARE no RE no AgRg no AREsp n. 729.803/PR. Relator Ministro Humberto Martins. Corte Especial. Brasília, DF, julgamento em 5 outubro 2016. Publicação 14.10.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501450529&dt_publicacao=14/10/2016>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//indexphp/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2016*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução STJ/GP n. 3 de 7 de abril de 2016*. Dispõe sobre a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PRE.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 869.366/PR. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Brasília, DF, julgamento em 30 junho 2010. Publicação 30.06.2010.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601584760&dt_publicacao=30/06/2010>. Acesso em: 6 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 99*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='99'>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 126*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27126%27>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 158*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='158'>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 168*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='168'>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 212*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27211%27>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 216*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='216'>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 315*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='315'>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 316*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='316'>>. Acesso em 3 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 401*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='401'>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 420*.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='420'>>. Acesso em 12 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Seções e Turmas*.

[Composição]. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Composi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acervo processual*.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervostf.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.076. Relator

Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Brasília, DF,

julgamento em 15 agosto 2002. Publicação 08.08.2003.

Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiP6KOKzNPOAhVLHZAKHc03DEEQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fpaginador%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DAC%26docID%3D375324&usg=AFQjCNHgv2hQODCXMK_ga0LHZxe9xf3Gg&sig2=uiE6eHjSq-S9lCwCabwrRw>.

Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no ARE n. 738.488.

Relator Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, DF,

julgamento em 27 fevereiro 2014. Publicação 24.03.2014.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5495020>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE n. 319736. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, DF, julgamento em 5 agosto 2003. Publicação 03.09.2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338533>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no AI n. 798.128. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 5 março 2015. Publicação 23.03.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8058052>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no ARE n. 732.116. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 19 agosto 2015. Publicação 14.10.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9575465>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no ARE n. 820.247. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 16 abril 2015. Publicação 11.05.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8409806>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgRg no ARE n. 853.641. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 28 maio 2015. Publicação 29.06.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773482>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos ED nos EDiv no AgR no RE n. 378666. Relator Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 7 outubro 2015. Publicação

27.10.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9661022>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no AI n. 490.399. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 13 junho 2012. Publicação 01.08.2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2305689>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no AI n. 766.634. Relator Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 27 fevereiro 2014. Publicação 24.03.2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5494853>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no AI n. 840.355. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 17 março 2016. Publicação 18.05.2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10973956>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no RE n. 584.023. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 25 novembro 2015. Publicação 11.12.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975280>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv no AgRg no RE n. 649.112. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26.03.2015. Publicação 22.04.2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8266555>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AgRg no RE n. 283.240. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator

para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26 abril 2007. Publicação 14.03.2008.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515157>>. Acesso em 17 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv. nos ED no AgRg no RE n. 285.093. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 26 abril 2007. Publicação 28.03.2008.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516865>>. Acesso em 17 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AI n. 665.622. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 6 outubro 2011. Publicação 09.11.2011, Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629458>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg nos EDiv nos ED no AI n. 743.629. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 14 outubro 2010. Publicação 11.11.2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616386>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ED nos EDiv no AgRg no RE n. 195.333. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 1 agosto 2011. Publicação 02.09.2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626934>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no AgRg no AgRg no RE n. 351.747. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 23 setembro 2009. Publicação 04.12.2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606555>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no AgRg no ARE n. 968.369. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 6 outubro 2016. Publicação 24.10.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11907493>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no RE n. 111.582. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 25 agosto 1994. Publicação 27.10.1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39413>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EDiv no RE n. 263.421. Relator Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 3 abril 2002. Publicação 14.06.2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39603>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n. 002 de 04/12/1985*. Altera os artigos 21, 67, 134, 169, 174, 181, 226, 228, 234, 235, 236, 239, 277, 325, 326, 327, 328, 329, 333, 355, 356 e 357 do Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/ATONORMATIVO/VERATONORMATIVO.ASP?DOCUMENTO=678>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emenda Regimental n. 3, de 17 de junho de 1975*. Altera a redação dos arts. 52, 60 e 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emenda_3_dj_1975.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado Administrativo n. 2*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatísticas e Relatórios. *Processos sobrestados em razão da repercussão geral*.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 298.694. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, DF, julgamento em 6 agosto 2003. Publicação 23.04.2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28298694%2EENUME%2E+OU+298694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hkr542w>>.

Acesso em: 22 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno, de 27 de outubro de 1980*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução n. 581, de 8 de junho de 2016*. Dispõe sobre as tabelas de custas e a tabela de porte de remessa e retorno dos autos e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/costaProcessual/anexo/RESOLUCAO_581_16DISPOE_SOBRE_TABELAS_DECUSTAS.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 247*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2363>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 281*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprud>

enciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 283*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2226>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 290*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2553>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 292*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2567>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 353*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1474>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 356*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 456*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2805>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 598*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2799>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 599*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1527>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Turmas* [Composição].

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma&pagina=principal>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p. 200-234, out.-dez. 1996.

_____. Do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1483-1501.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 34, p. 190-217, jul. 1985.

CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Traducción de Santiago Santís Melendo e Marino Ayerra Redfín. Buenos Aires: Europa-América, 1959.

_____. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, v. 3.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. _____. Súmula vinculante. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Generis, v. 6, p. 625-638, set/dez. 1997.

_____. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

_____. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, Fórum, ano 7, v. 24, p. 9-17, jan/mar. 2009.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 15, p. 5-15, jan/fev. 2002.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, Ed. do TRF4, ano 12, v. 40, p. 15-49, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 100, p. 9-32, out/dez. 2000.

_____. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 3.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Notas sobre o processamento do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, Notadez, ano 48, v. 281, p. 18-28, mar. 2001.

CHEIM JORGE, Flávio. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 190, p. 9-36, dez. 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; SANTANA, Felipe Teles. Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 213, p. 337-361, nov. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, ano 34, v. 134, p. 99-106, abr/jun. 1997.

_____. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 46, p. 11-29, 1988.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

_____; _____. Tutela provisória de evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* (Coord.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). p. 413-431.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. A função das cortes supremas na América Latina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 3-12, abr. 1998.

_____. Os efeitos dos recursos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 85, p. 390-423, 2002.

DORIA, Antônio de Sampaio. Constitucionalidade das leis. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 25-43.

DUQUE, Marcelo Schenk. Configuração de direitos fundamentais e segurança jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 98, v. 887, p. 9-35, set. 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Os equívocos da reforma do Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 3-9, mar/abr. 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: _____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e*

(*neo*)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 7.

FONSECA, João Francisco Naves da. A profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão “julgará o processo, aplicando o direito” (CPC/2015, art. 1.034)? In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6. (Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada). p. 1009-1018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.
Enunciados. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. *Enunciado n. 22*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.
Enunciado n. 82. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.
Enunciado n. 84. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.
Enunciado n. 96. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Enunciado n. 170. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Enunciado n. 200. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Enunciado n. 230. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Enunciado n. 232. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Enunciado n. 303. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS._____.

Enunciado n. 454. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS.

Enunciado n. 551. Disponível em:

<<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Do recurso extraordinário e do recurso especial. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1521-1536.

_____. Dos embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2611-2619.

_____. O recurso especial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 48, n. 190, p. 17-26, t. 1, abr/jun. 2011.

_____; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 950, 2014.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário*. No prelo.

_____. Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 957-981.

_____. Recurso de litisconsorte. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12. p. 389-404.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

GIBSON, Sérgio Armanelli. Ciência jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico administrativo e do princípio da legalidade administrativa. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, Fórum, ano 8, v. 93, p. 60-69, nov. 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 378, p. 47-63, mar/abr. 2005.

GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

GRANADO, Daniel Willian. São admissíveis embargos de divergência quando o acórdão paradigma não provém de recurso especial? Análise da orientação do STJ. *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 270-298, ago. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*. São Paulo, Dialética, v. 1, p. 93-108, abr. 2003.

_____. *Instituições de processo civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990.

GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma: Laterza, 2004.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A súmula 456 do STF e o CPC/2015: uma interpretação sistemática sob a ótica

constitucional e o efeito translativo nos recursos excepcionais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDP*. No prelo 2017.

_____; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, Fórum, v. 84, ano 21, p. 121-154, out/dez. 2013.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC/2015: em conformidade com a Lei 13.256*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar. A volta da arguição de relevância? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-180.

_____. Reflexões sobre os filtros, a temática do acesso à justiça e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo Comparado – RPC*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 97-113, 2015.

_____. Súmula vinculante: um marco. In: _____. *Ensaio de processo civil*. Florianópolis: Conceito, 2011. v. 1. (Coleção Ensaio de Processo Civil). p. 25-60.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 186, p. 9-30, ago. 2010.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*.

Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 25, p. 46–67, jul. 1982.

LESSA, Daniela Barbosa Schablatura Themudo. Devem ser admitidos embargos de divergência fundados em acórdãos paradigmas proferidos pela mesma turma? *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 157, p. 289-302, mar. 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980.

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

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro: Código de 1939*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. 3.

MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Art. 5º, XXXV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; _____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 299.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal*. Brasília, v. 27, p. 110-120, out/dez. 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, Fórum, ano 9, v. 31, p. 792-810, jan./abr. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAZZEI, Rodrigo. Capítulo V: Dos embargos de declaração. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves*

comentários ao novo Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 373-389.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: espaço de construção de uma jurisprudência de liberdades. *A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF / Secretaria de Documentação, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Art. 5º, LIV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; VALE, André Rufino do. Art. 5º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A crise do judiciário e o processo. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 255-262.

_____. A nova lei de recursos (Lei 8.038/90). In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 187-197.

_____. A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 215-226.

MILHOMENS, Jônatas. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Apontamentos sobre os poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 430-465.

_____. *Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Embargos de divergência no recurso extraordinário e sua importância no sistema jurídico brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12. p. 363-378.

_____. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 675-750.

_____. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 216, p. 13-34, fev. 2013.

_____. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Evolução do sistema recursal brasileiro: do regulamento 737 ao projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coord.). *Processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. Florianópolis: Conceito, 2014.

_____. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais – RT*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 950, p. 107-132, dez. 2014.

_____. Embargos de divergência. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1539-1550.

_____. Da reclamação. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1454-1467.

_____. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito, 2015.

_____. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 3. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tutela de evidência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.882-884.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 56, p. 88-94, 1961.

MONTEIRO NETO, Nelson. Embargos de divergência em recurso especial: fixação de tese jurídica não coincidente com as confrontadas na petição de interposição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 381, p. 505-510, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo – RePro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 118-133, jul/set. 1995.

_____. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 100, v. 375, p. 141-159, set./out. 2004.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 21. (Coleção Estudos de Processo Enrico Tullio Liebman).

_____. Embargos de divergência – REsp.In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 4. (Coleção Soluções Práticas de Direito). p. 955-1015.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Embargos de divergência e identidade entre as hipóteses confrontadas – cabimento de EDiv no juízo de admissibilidade recursal. *Soluções Práticas de Direito*. Revista dos Tribunais, v. 10, p. 581-612, set. 2014. Disponível em:
<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015a111256ebf24dce56&docguid=Iefbf15f0486211e4b44e010000000000&hitguid=Iefbf1>

5f0486211e4b44e01000000000&spos=2&epos=2&td=66&cont
ext=36&crumb-action=append&crumb-
label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startC
hunk=1&endChunk=>. Acesso em: 5 fev. 2017.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto jurídico dos assentos e a função dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, p. 12-13, jul/set. 1996.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Embargos de divergência. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 135-154.

PABST, Haroldo. Embargos de divergência. *Digesto de processo*. Coordenação técnica e de pesquisa da Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PASQUA, Eduardo Henrique Balbino; GASPAR, Lílian Regina Ioti Henrique. O acórdão paradigma e a sua proveniência enquanto requisito de admissibilidade dos embargos de divergência: crítica atual ao posicionamento do STJ. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 213, p. 363-372, nov. 2012.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 444 a 565. Barueri: Manole, 2005. v. 5.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação de precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 778, p. 11-16, ago. 2000.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1937.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 539 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. VIII.
- _____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- PROVINCIALI, Renzo. *Delle impugnazioni in generale*. Napoli: Morano, 1962.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- ROSAS, Roberto. Pontos e contrapontos da reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 94, v. 840, p. 79-83, out. 2005.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.
- SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85-129.
- _____ et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SHIMURA, Sergio Seiji. Embargos de divergência. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 414-427.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Ivan de Hugo. *Comentários ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Parte cível. Rio de Janeiro: Aide, 1979. v. 1.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 270, p. 101-108, 1980.

SILVEIRA, José Neri da. Reflexos da exigência de “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” sobre a natureza e amplitude do recurso extraordinário. *A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF / Secretaria de Documentação, 2013.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 17, n. 48, p. 5-19, mar. 1990.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995.

_____. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 145-157, jul/dez. 1998.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo – RePro*, São

Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 38, n. 217, p. 319-340, mar. 2013.

TERRA, Marcelo. Embargos de divergência no tribunal de justiça. *Revista dos Tribunais – RT*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 606, p. 271-274, abr. 1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Inovações da Lei n. 10.325 de 26/12/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, *Genesis*, v. 25, p. 502-517, jul/set. 2002.

_____. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 31, v. 136, p. 32-57, jun. 2006.

_____. Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista jurídica*. Sapucaia do Sul, *Magister*, ano 58, v. 38, p. 11-51, mar. 2010.

_____. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder judiciário: reforma. A Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, *Forense*, v. 378, p. 11-26, mar/abr. 2005.

_____. Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO,

Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 71-86.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* Jurisprudência oscilante no STJ – ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais. In: GALLOTTI, Isabel *et al.* (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____: LIMA, Patrícia Carla de Deus. Embargos de divergência para revisão do valor da indenização por danos morais. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 206, p. 481-493, abr. 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Limites ao efeito translativo dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 12. p. 101-133.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.