

FERNANDO ANSELMO RODRIGUES

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA
EXAMINADORA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO, COMO EXIGÊNCIA
PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL, SOB ORIENTAÇÃO
DA PROFESSORA DOUTORA THEREZA CELINA DINIZ
DE ARRUDA ALVIM

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

COMISSÃO JULGADORA

APRESENTAÇÃO

O objeto deste trabalho é a análise da evolução histórica do recurso de embargos infringentes. Trata-se de um tema bastante polêmico, de inegável importância. Paralelamente à análise das peculiaridades desse recurso e as hipóteses de cabimento, faz-se um prévio estudo do recurso como meio de impugnação de decisão judicial.

O recurso de embargos infringentes no nosso sistema processual civil é de suma importância. Em que pese o posicionamento de alguns doutrinadores no sentido de que o recurso de embargos infringentes deveria ser abolido do nosso sistema, uma vez que somente posterga ainda mais o término do processo, não se pode desconsiderar a existência de casos onde a reparação de erros graves e injustiças notórias foram revertidas nessa fase processual.

APRESENTATION

The object of this work is specifically the analysis of the historic evolution of the. It is a very controvertial **matter**, that has a **undeniable importance**. To the analysis of the peculiarities of this appeal and the hipotesys of, a previous study has been made as a way of the court decision.

The in our civil procedural system is very important the position of some should be considered, and they think that the should be abolished of our system, even more the end of the process, desconsidering the existence of many cases in which errors has been corrected and notorious injustices reverted in this point of the process.

SUMÁRIO

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | TEORIA GERAL DOS RECURSOS – NOÇÕES BÁSICAS..... | 6 |
| 1.1. | JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA FASE RECURSAL..... | 14 |
| 1.2. | REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS..... | 16 |
| 1.2.1. | CABIMENTO..... | 20 |
| 1.2.2. | LEGITIMIDADE PARA RECORRER..... | 23 |
| 1.2.3. | INTERESSE EM RECORRER..... | 26 |
| 1.2.4. | TEMPESTIVIDADE | 27 |
| 1.2.5. | REGULARIDADE FORMAL..... | 30 |
| 1.2.6. | PREPARO..... | 32 |
| 2. | PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS..... | 34 |
| 2.1. | PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO..... | 35 |
| 2.2. | PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE | 39 |
| 2.3. | PRINCÍPIO DA SINGULARIDADE..... | 41 |
| 2.4. | PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE..... | 43 |
| 2.5. | PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE..... | 52 |
| 3. | EMBARGOS: DEFINIÇÃO E CONCEITO..... | 53 |
| 4. | DOS EMBARGOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA..... | 55 |
| 5. | OS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939... | 58 |
| 6. | OS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – FASE INICIAL, ANTES DAS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI 10.352/2001 | 69 |
| 7. | DA SUBSISTÊNCIA DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO NOSSO SISTEMA RECURSAL - REGRA ATUAL DE CABIMENTO DOS INFRINGENTES..... | 72 |
| 8. | DO PARÂMETRO UTILIZADO PARA AFERIÇÃO DOS LIMITES DA DIVERGÊNCIA | 86 |
| 8.1. | DA DIVERGÊNCIA <i>QUANTITATIVA</i> E DA DIVERGÊNCIA <i>QUALITATIVA</i> | 92 |
| 8.2. | DA ANÁLISE DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR NESSA AFERIÇÃO DOS LIMITES DA DIVERGÊNCIA | 95 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 8.3. | IDENTIFICAÇÃO DO VOTO MÉDIO – SITUAÇÕES ESPECÍFICAS..... | 98 |
| 9. | LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. | 101 |
| 9.1. | EMBARGOS INFRINGENTES E A DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO..... | 105 |
| 9.2. | EMBARGOS INFRINGENTES E A DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA..... | 113 |
| 10. | DA REGRA ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 116 |
| 11. | EMBARGOS INFRINGENTES E O MANDADO DE SEGURANÇA..... | 127 |
| 12. | EMBARGOS INFRINGENTES E O REEXAME NECESSÁRIO..... | 133 |
| 13. | EMBARGOS INFRINGENTES E O AGRAVO DE INSTRUMENTO/AGRAVO RETIDO. | 137 |
| 14. | EMBARGOS INFRINGENTES E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA..... | 142 |
| 15. | EMBARGOS INFRINGENTES E A REGRA DO ARTIGO 515, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | 147 |
| 16. | EFEITO DOS EMBARGOS INFRINGENTES..... | 157 |
| 17. | DA NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DO VOTO VENCIDO COMO CONDIÇÃO PARA ADEQUADA AFERIÇÃO DA DIVERGÊNCIA | 166 |
| 18. | DA IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE ADMITE OS EMBARGOS INFRINGENTES..... | 171 |
| 19. | PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES | 174 |
| 20. | DIREITO INTERTEMPORAL..... | 184 |
| 21. | CONCLUSÃO..... | 189 |

1. TEORIA GERAL DOS RECURSOS – NOÇÕES BÁSICAS

Para melhor compreensão do tema e delimitação dos requisitos de admissibilidade do recurso de embargos infringentes, faz-se necessária uma breve explanação sobre a natureza jurídica dos recursos no processo civil brasileiro¹.

Flávio Cheim Jorge, em aprofundado estudo sobre o recurso como meio de impugnação de decisões judiciais, inicialmente faz referência ao surgimento do conflito entre as partes: “Naturalmente, em face do crescimento populacional e da ambição cada vez mais aguda do ser humano, a relação entre a busca e o próprio bem procurado torna-se mais desigual. O bem da vida pretendido, seja de ordem moral ou patrimonial, é nitidamente escasso em face da vontade humana de consegui-lo. E justamente da desigualdade proporcionada pela carência desses bens é que surge o conflito de interesses”².

Na hipótese desse conflito de interesses, diante de toda uma legislação acerca de cada situação, não sendo possível a solução amigável³⁻⁴, cabe ao Estado solucionar o conflito toda vez que é levado à sua apreciação.

A partir do momento que é invocada a tutela jurisdicional, ou seja, quando a parte busca o Poder Judiciário expondo a situação e deduzindo sua pretensão, dá-se início a uma séria de atos concatenados com o fito de efetivamente decidir a

¹ A palavra recurso deriva do latim (recursos, us).

² JORGE, Flávio Cheim, *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*, São Paulo, 1ª Ed., RT, p. 40.

³ O que Flávio Cheim Jorge bem define como “autocomposição” (JORGE, Flávio Cheim, *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*, São Paulo, 1ª Ed., RT, p. 41).

⁴ Thereza Alvim ensina que “não nos devemos esquecer, contudo, que para um conflito de interesses poderá haver solução que seja dada pelos próprios interessados, qual seja a chamada autotutela, prescindindo-se da intervenção do Estado. Mas, em sendo isso impossível, a intervenção estatal torna-se imprescindível.” (ALVIM, Thereza, *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*, São Paulo, RT, 1977, p. 1)

lide⁵. Assim, cumpre ao Estado, por intermédio do juiz, aplicar a lei ao caso concreto, solucionando o litígio colocado à sua apreciação, o que fará por meio de uma sentença.

Neste passo, não se pode deixar de mencionar que existem casos em que, mesmo tendo sido prolatada uma sentença, a lide não é decidida. É a hipótese encartada no artigo 267 do Código de Processo Civil (extinção do processo sem julgamento de mérito), onde a sentença terminativa ou processual não enfrenta o mérito da causa.

De outro lado, nas hipóteses elencadas no artigo 269 do Código de Processo Civil, a extinção do processo se dará com julgamento do mérito.

O recurso é efetivamente um meio de impugnação de decisões judiciais, sejam elas interlocutórias, sejam elas definitivas⁶⁻⁷, dentro de um mesmo processo. Por meio dele a parte vencida (sucumbida), inconformada com o resultado, na defesa de seus interesses, busca a reapreciação da decisão, na tentativa de levar à reforma ou mesmo à anulação.

Há que se salientar, doutra parte, que existem no nosso sistema processual civil outros meios de impugnação das decisões judiciais, tais como, o mandado de segurança contra ato judicial, a ação rescisória e a ação anulatória, onde se instaura no novo processo com o objetivo de atacar a decisão proferida num outro processo.

⁵ Na linha do que sustenta Thereza Alvim, entendemos que lide é sinônimo de lide. (ALVIM, Thereza, Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada, São Paulo, RT, 1977, p. 4)

⁶ O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁷ José Frederico Marques destaca: “Recurso é um procedimento que se forma, para que seja revisto o pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória ou acórdão” (MARQUES, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 1987, v. 3, p. 113)

Podemos elencar dois motivos pelos quais a impugnação de uma decisão judicial se faz necessária: erro da decisão e inconformismo com a adversidade (impulso humano).

Quanto ao primeiro motivo, reportamo-nos aos ensinamentos de Affonso Fraga que dispensam qualquer comentário: “os juízes são homens e como taes contingentes a todos os males referidos; as suas decisões viciadas, podem contrariar a lei, offender o direito da parte, sancionar a injustiça ou a iniquidade”⁸.

Já o segundo motivo está ligado ao impulso humano de buscar sempre uma situação que lhe seja favorável, não se conformando com o julgamento contrário à sua pretensão. Sérgio Bermudes bem resume esse pensamento: “ninguém se conforma com um pronunciamento único. Esse inconformismo repousa no conhecimento das imperfeições humanas e certamente não existiria, se soubéssemos perfeitos os nossos semelhantes”⁹.

Assim, o recurso pode ser considerado como sendo uma medida que busca o reexame ou integração da decisão judicial dentro do mesmo processo¹⁰. Não constitui uma nova ação, mas sim um prolongamento da ação, na qual se profere a decisão recorrida, de regra¹¹, em órgão hierarquicamente superior.

⁸ FRAGA, Affonso, Instituições do processo civil do Brasil, tomo III, p. 10.

⁹ BERMUDES, Sérgio, *Curso de Direito Processual Civil*, Borsoi, p. 11. José Carlos Moreira Alves, quando da sua posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, discursou: “É da natureza do homem não se conformar com um único julgamento. Dessa irresistível tendência psicológica e da falibilidade das decisões humanas resultaram os recursos judiciais”.

¹⁰ Deve-se consignar que em nosso ordenamento prevalece o princípio da proibição da *reformatio in pejus* que tem por objetivo evitar que o órgão competente para julgar o recurso interposto pela parte, venha a piorar a decisão inicialmente proferida, ou porque extrapola o âmbito da devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em razão de a parte contrária não ter recorrido.

¹¹ Existem recursos que serão apreciados, por exemplo, pela mesma Câmara que julgou o recurso de apelação, como no caso de embargos de declaração. Em caso de infringentes, deve-se considerar a disposição do Regimento Interno, existindo da mesma forma a possibilidade dos mesmos julgadores comporem o órgão julgador.

Barbosa Moreira define recurso como sendo "o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna"¹². Nelson Luiz Pinto conceitua recurso como "o meio processual através do qual pode a parte impugnar, dentro do processo, portanto, endoprocessualmente, um pronunciamento judicial que lhe tenha causado prejuízo ou gravame, material ou processual, objetivando a modificação (reforma), anulação (invalidação), esclarecimento ou integração desse pronunciamento..."¹³.

Contudo, ao mesmo tempo em que o recurso viabiliza o reexame da decisão judicial, evitando, com isso, eventualmente a perpetuação de um erro, obsta a solução rápida do litígio. Isso é uma realidade. Depois de invocada a tutela jurisdicional, caso as partes não venham a se compor no curso do feito, a tendência, via de regra, é que a solução desse litígio somente ocorra a longo prazo.

Há que se considerar a existência de entendimentos contrários à possibilidade de revisão das decisões judiciais. Como coloca Hermann Homem de Carvalho Roenick, "a aceitação, contudo, do duplo grau de jurisdição não tem sido pacífica, visto que severas críticas foram formuladas, salientando-se, entre outras, a do alto custo do grau superior, com evidente sobrecarga de serviço, e a interminável maratona recursal, com sacrifício da pronta realização da justiça"¹⁴.

É bem verdade que a morosidade na solução final dos litígios acarreta inúmeros prejuízos à parte que busca a prestação da tutela jurisdicional. Mas mesmo assim, não resta a menor dúvida que a garantia do princípio constitucional da ampla

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V, Forense, p. 233.

¹³ PINTO, Nelson Luiz, *Recurso Especial para o STJ*, SP, Malheiros, 1996, 2ª Ed., p. 17

¹⁴ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho, *Recursos no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Aide, 1ª Ed., p. 13.

defesa deve ser respeitada, tomando-se sempre como referência os instrumentos impugnação de decisão judicial previstos na nossa legislação.

A perpetuação do erro do Judiciário certamente seria muito mais danosa. Por esta razão, como bem coloca Barbosa Moreira, objetivando evitar um aumento descontrolado dos meios de impugnação de decisões judiciais, adotam “as leis uma posição intermediária”, elencando os casos e o momento que a decisão judicial pode ser impugnada.

Pelas razões acima apresentadas, a conclusão não pode ser outra: “por ser falível a apreciação feita pelo julgador singular ou coletivo, no que se refere à compreensão do fato e sua prova, ou à aplicação do direito, é que o revisionamento cresce de importância, com maior possibilidade de ser assegurada uma perfeita “justiça””¹⁵.

Um outro aspecto importante que deve ser considerado com relação às decisões judiciais passíveis de recurso é que, caso não impugnadas, acarretarão a preclusão da matéria discutida no processo, instaurando-se, assim, a coisa julgada (artigo 467 Código de Processo Civil).

¹⁵ “o grau único, por todas as razões, não constitui a melhor solução. Até mesmo com relação ao reclamado princípio da celeridade processual, o duplo grau, por paradoxal que pareça a assertiva, tem reflexos positivos. Se existente o grau único, quantos juízes, por questões de formação pessoal, cientes da irrecorribilidade, não se sentiram angustiados para decidir, frente à complexidade das causas, e deixariam os processos se amontoarem nas estantes, face ao temor de causar injustiças! Ante a viabilidade recursal, mesmo o juiz angustiado ou indeciso prolatará a sua decisão, sabedor de que a segunda instância, ao reapreciar o tema, fará uma correta aplicação da lei. De certa forma, pois, o princípio do duplo grau jurisdicional conduz à presteza e à celeridade processuais” (ROENICK, Hermann Homem de Carvalho, Recursos no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Aide, 1ª Ed., p. 14).

Por óbvio, o direito de recorrer é uma faculdade da parte, pressupondo-se seu conformismo com a decisão caso não venha a ser interposto o recurso cabível dentro do prazo previsto em lei¹⁶.

O Código de Processo Civil, que não definiu o que venha a ser recurso, elenca no artigo 496 os meios de impugnação das decisões judiciais, quais sejam: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário¹⁷.

O artigo 499 do Código de Processo Civil estabelece que o recurso pode ser interposto pela *parte vencida*, pelo *terceiro prejudicado* e pelo Ministério Público.

Como já salientamos acima, o recurso não constituiu uma nova ação, mas sim uma continuação da mesma. Com a interposição do recurso, não se dá início a um novo processo. A parte contrária não é citada, mas somente intimada, na pessoa do advogado já constituído nos autos, a se manifestar sobre o recurso.

Por esta razão, não concordamos com o posicionamento adotado por Renzo Provinciali¹⁸ e Jaime Guasp¹⁹. A parte vencida, por meio do recurso, no mesmo

¹⁶ Ao mesmo tempo em que a parte tem direito à jurisdição, tem também o ônus de recorrer. Barbosa Moreira entende que “trata-se com efeito – ressalvados os casos de sujeição obrigatória da matéria à revisão por órgão superior (art. 475) -, de ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou 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” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 235). Nesse sentido ainda, podemos destacar o posicionamento de Arruda Alvim, *Direito Processual Civil, Teoria Geral do processo de conhecimento*, vol. I, p. 364; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, p. 30).

¹⁷ Para Flávio Cheim Jorge “o exame dessas figuras demonstra, apesar de multiplicidade de situações em que cada uma delas tem cabimento, bem como a diversidade de aspectos formais, uma circunstância comum a todas. Não há formação de nova relação processual. A interposição de qualquer desses recursos insere-se na própria relação jurídica onde foi proferida a decisão de que se recorre (...). O prolongamento da mesma relação processual e a finalidade de impugnar a decisão são as características essenciais para se conceituar o recurso” (JORGE, Flávio Cheim, *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*, São Paulo, 1ª Ed., RT, p. 44/45).

¹⁸ Renzo Provinciali, *Delle impugnazioni in generali*, p. 71 e ss.

¹⁹ Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, vol. II, p. 1323..

processo, visa a reforma ou anulação da decisão recorrida. Busca-se o reexame da solução dado ao litígio (= mesma lide) num primeiro momento.

Arruda Alvim, nessa mesma linha de entendimento, conclui “provoca, portanto, a interposição de um recurso o alongamento da *mesma* relação jurídica processual, instaurando o chamado *procedimento recursal*, que se estende até a apreciação do recurso”²⁰. Rogério Lauria Tucci, no mesmo sentido, ensina “sua interposição, aliás, a par de obstar o trânsito em julgado do ato decisório impugnado, implica a prorrogação do respectivo procedimento, em que passa a haver lugar para o novo pronunciamento judicial acerca da matéria discutida e solucionada – confirmatório, modificativo ou revocatório do anterior”²¹.

A redação dada ao artigo 512 do Código de Processo Civil²² vigente pressupõe a existência de um processo em curso, onde tenha sido proferida a decisão que se objetiva sua reapreciação. A decisão do Tribunal, se o caso, substituirá a decisão recorrida. José Frederico Marques argumenta que a ação objetiva o *juízo de um pedido*, enquanto o *recurso*, mesmo quando interposto contra sentença de mérito, tem por finalidade um *novo julgamento*²³.

No caso específico do recurso de embargos infringentes, objeto do presente estudo, por exemplo, aquele que teve a sentença que lhe era favorável reformada, por maioria de votos, via embargos infringentes, com base no voto vencido, busca uma nova reapreciação da solução dada ao litígio, apresentando

²⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda, *Direito processual civil. Teoria Geral do processo de conhecimento*, vol. I, p. 363.

²¹ Ob. cit. p. 256.

²² “Art. 512. O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”

²³ MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual*, v. 4, p. 18.

argumentos que corroborem sua argumentação, tomando como referência, sempre, o entendimento adotado pelo julgador vencido.

Efetivamente, não se trata de uma nova ação. A interposição do recurso evita a preclusão, e, conseqüentemente, a instauração da coisa julgada. Sucintamente: o recurso é uma extensão da mesma relação jurídica.

Doutra parte, a partir do momento que o vencido deixa de recorrer ou mesmo quando se esgotam todos os meios de impugnação da decisão judicial, tem-se o trânsito em julgado da decisão. Com isso, dá-se início à execução definitiva do julgado, não sendo mais possível a parte vencida se insurgir, via recurso, contra a decisão que está sendo executada.

Depois do trânsito em julgado, a decisão somente poderá ser atacada por meio de ação rescisória²⁴⁻²⁵ ou pela ação declaratória de inexistência.

Alguma confusão pode ser feita, neste passo, com relação à figura do mandado de segurança impetrado contra ato judicial. Por esta razão, importante esclarecer que o remédio constitucional (mandado de segurança) não tem natureza jurídica de recurso, sendo considerado uma ação constitucional autônoma. É bem verdade que se admite a impugnação de uma decisão judicial, por meio de um *mandamus*, proferida num processo já em curso. No entanto, um dos requisitos

²⁴ Prazo decadencial de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão atacada (cf. art. 495 do CPC). A ação rescisória somente é admitida nas hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Importante ressaltar que a propositura da ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda, existindo, todavia, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela (cf. art. 489 do CPC).

²⁵ Nelson Nery Junior, fez bem a distinção dos meios utilizados para impugnação de decisão transitada em julgada e não transitada em julgado: “há ações de impugnações voltadas tanto contra a coisa julgada (ação rescisória) como contra decisões ainda não transítas em julgado (mandado de segurança)”

essenciais para se admitir essa impetração é que a decisão atacada não tenha transitado em julgado²⁶.

Ao mesmo tempo em que deve se levar em consideração esse requisito essencial, não se pode deixar de levar em conta, doutro lado, o estabelecido na Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso ou correição”.

1.1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA FASE RECURSAL

Como é cediço, as condições da ação, necessariamente, deverão ser preenchidas, a fim de que se possibilite um exame de mérito da causa. Na hipótese de não preenchimento desses requisitos, o juiz de primeiro grau sequer fará uma análise mais aprofundada do caso²⁷, vindo a extinguir o processo sem julgamento de mérito.

No caso específico dos recursos, faz-se também necessária a presença de alguns requisitos de admissibilidade para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso. O juízo de admissibilidade recursal ocorre antes da análise do mérito do mesmo, devendo-se, nessa fase processual, proceder-se ao exame das questões prévias.

Ao Tribunal *ad quem* cabe o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso, sendo que, no entanto, com o objetivo de agilizar os trâmites procedimentais, bem como, em atenção ao próprio princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade na maioria das vezes cabe ao juízo *a quo*, num primeiro momento.

²⁶ “Súmula 268 do STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

²⁷ Thereza Alvim, com extrema clareza, em obra dedicada às questões prévias, distingue as questões preliminares das questões prejudiciais (Thereza Alvim, *Questões Prévias e os Limites da Coisa Julgada*, RT, SP).

Por evidente, a discussão que há nesse momento processual será provisória, devendo, posteriormente, o órgão *ad quem* realizar o juízo de admissibilidade definitivo da causa. Como se nota, a decisão proferida provisoriamente não vincula o juízo *ad quem*, eis que cabe a este dar a última palavra.

O nosso sistema processual estabelece que o recurso, salvo exceção²⁸, é interposto perante o mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão recorrida. Cabe ao órgão *a quo* examinar a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso quando da interposição do mesmo, determinando o regular processamento e posterior remessa do tribunal competente.

Conforme dispõe o art. 93, inciso X, da Constituição Federal de 1988, todas as decisões devem ser fundamentadas, incluindo-se, portanto, também nesse rol, a decisão do juízo *a quo* sobre a admissibilidade do recurso.

O juízo de admissibilidade pode ser proferido, provisoriamente, pelo juízo de primeiro grau, ficando a admissibilidade definitiva do recurso a cargo do órgão competente para julgá-lo, vale dizer, ao Tribunal *ad quem*. Pode-se, portanto, concluir que o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, tem natureza declaratória²⁹.

Como se sabe, o prazo para a propositura de ação rescisória inicia-se com o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão rescindendo. Assim, enquanto existir recurso disponível para a parte se insurgir contra determinada decisão não se inicia o prazo para a rescisória.

²⁸ Por exemplo, o caso do agravo de instrumento depois da alteração da edição da Lei nº 9139/95

²⁹ Diz-se que tem natureza declaratória, porque o juiz simplesmente declara que naquele momento os requisitos estão ou não presentes.

Na hipótese em que o recurso não venha a ser conhecido, existe entendimento no sentido de que o trânsito em julgado teria ocorrido a partir do momento em que se verificou a causa da inadmissibilidade do recurso³⁰, ou, ainda, que nos casos de não conhecimento do recurso a contagem do prazo para a propositura da rescisória se inicia do trânsito em julgado da própria decisão rescindenda e não do recurso não conhecido³¹.

Doutro lado, existem precedentes no sentido de que a interposição de recurso, salvo se indeferido por intempestividade, afasta do *dies a quo* da decadência³². Ou seja, nesses casos, mesmo que o recurso não seja conhecido, salvo na hipótese de intempestividade³³ ou de não recolhimento de preparo, o prazo da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão do último recurso³⁴.

As considerações acima tecidas nos dão a idéia, apesar de superficial, do juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. Como mais de espaço veremos nesta obra dirigida aos embargos infringentes, o estudo sobre a admissibilidade ocorrerá de forma mais aprofundada.

1.2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

No tópico acima pudemos ter uma noção do que vem a ser juízo de admissibilidade e sua finalidade. Entretanto, no presente trabalho, iremos fazer uma

³⁰ Nesse sentido, RT 628/80.

³¹ Nesse sentido, RT 609/153; RT 611/220

³² RT 604/263; RTJ 104/1265.

³³ Nesses casos, o entendimento que prevalece é de que conta-se o prazo para a propositura da rescisória sem levar em consideração a interposição do recurso, uma vez que este não teria produzido efeitos para afastar a trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir (RTJ 104/1265; 110/880; 112/898; 117/1361

³⁴ RTJ 107/19; RTJ 109/180; RT 578/280; RT 717/270.

análise sobre qual matéria deverá ser analisada em sede de juízo de admissibilidade, a fim de que, posteriormente, venha a ser feita a análise do mérito recursal.

No juízo de admissibilidade feito na fase recursal, faz-se a análise da presença dos requisitos essenciais que viabilizam o conhecimento e julgamento do recurso. A falta de qualquer um dos requisitos adiante analisados, inviabiliza o processamento do recurso interposto visando o reexame da decisão judicial.

Os requisitos de admissibilidade dos recursos são aqueles elencados no Código de Processo Civil, quais sejam: cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Vale salientar que os requisitos de admissibilidade dos recursos, apesar de apresentarem algumas similaridades, são diferentes dos requisitos de admissibilidade da ação.

Em sede doutrinária, a classificação desses requisitos é feita de duas formas. Uma primeira corrente doutrinária divide os requisitos de admissibilidade em dois: subjetivos e objetivos. Os primeiros (requisitos subjetivos) seriam a legitimidade e o interesse em recorrer, ao passo que os segundos (requisitos objetivos) seriam a recorribilidade da decisão, tempestividade, preparo, adequação do recurso, motivação do recurso, regularidade procedimental e singularidade do recurso³⁵.

No entender dos autores que sustentam essa divisão, os requisitos objetivos (chamados por alguns de pressupostos objetivos) são os respeitantes “ao

³⁵ Classificação adotada por Rogério Lauria Tucci (ob. cit. p. 261). Nessa mesma linha de pensamento, com pequenas alterações somente em relação a terminologia adotada (a idéia é a mesma), podemos destacar, dentre outros, José Frederico Marques, Moacyr Amaral dos Santos.

próprio *recurso*, em si mesmo, objetivamente, considerado”. Já os requisitos subjetivos (chamados por alguns de pressupostos subjetivos) são aqueles atinentes à pessoa do recorrente.

De outro lado, podemos destacar a classificação feita por Barbosa Moreira para quem “os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: intrínsecos (concernentes a própria existência do poder de recorrer) e requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo)”³⁶⁻³⁷.

No primeiro “grupo” da classificação proposta por Barbosa Moreira temos: cabimento; legitimação para recorrer; interesse em recorrer; regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, ao passo que no segundo “grupo”, requisitos extrínsecos³⁸, temos: tempestividade e preparo.

Pelo que se percebe é que, não obstante existam duas classificações para os requisitos de admissibilidade dos recursos (na primeira, subdividindo os requisitos em subjetivos/objetivos, e na segunda, subdividindo os requisitos em intrínsecos/extrínsecos), ambas delimitam com precisão um quadro dos requisitos necessários à admissão do recurso.

Nelson Nery Junior, não obstante adote a classificação proposta por Barbosa Moreira, prefere levar em conta a própria decisão judicial, ao invés do poder de recorrer. Por essa razão, para o autor a aferição dos requisitos intrínsecos leva em

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, Forense, p. 263.

³⁷ Como bem coloca Flávio Cheim Jorge “apesar de a classificação entre pressupostos extrínsecos e intrínsecos ter sido feita, primeiramente, por Barbosa Moreira, quando escreveu O Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, naquela oportunidade não havia referência à forma de classificação. Somente com a publicação de seus Comentários é que o ilustre jurista veio a fazer a justificativa, no sentido de que os intrínsecos dizem respeito à própria existência do poder de recorrer e os extrínsecos ao modo de exercer esse mesmo poder. (ob. cit. p. 80, nota 5).

³⁸ Para Barbosa Moreira esses requisitos são genéricos, embora a lei possa dispensar algum deles (por exemplo: desnecessidade de preparo no agravo retido e nos embargos de declaração).

consideração “o conteúdo e a forma da decisão impugnada” e se subdividem em: cabimento, legitimidade em recorrer e interesse em recorrer. Já os requisitos extrínsecos levam em conta os fatores externos à decisão, deles fazendo parte a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo³⁹.

Por esta razão, podemos fazer uma co-relação entre ação e recurso, pois, as exigências para a propositura da ação, tais como as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual), analogicamente, apresentam similaridade com a exigências para conhecimento do recurso (cabimento, legitimidade para recorrer e interesse em recorrer).

Teresa Arruda Alvim Wambier, analisando os requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos, entende que o pressuposto de inexistência de fato impeditivo ou extintivo de direito de decorrer não deveria constar no rol anteriormente elencado, uma vez que o mesmo seria perfeitamente subsumível ao interesse da parte em recorrer⁴⁰.

Assim, os requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso poderão ser elencados num só grupo, denominados requisitos genéricos de admissibilidade. Isto porque os mesmos são examinados com relação a todo e qualquer recurso (tais requisitos devem estar presentes para a admissibilidade de todo recurso), devendo ser necessariamente preenchidos pela parte recorrente, sob pena de não vir a ser conhecido.

³⁹ Pelo critério adotado por Nelson Nery Junior, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer deixar de ser um requisito intrínseco e passa a ser extrínseco (pela classificação de Barbosa Moreira esse requisito é intrínseco).

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *O Novo Regime do Agravo*, SP, RT, 2ª Ed., 1996, p. 98/99.

Por evidente, como bem lembra Nelson Luiz Pinto, “dependendo da espécie de recurso utilizado pelo recorrente, serão esses requisitos genéricos definidos, explicitados, especificados e adaptados ao recurso escolhido, completando-se, assim o seu perfil. Teremos, assim, esses requisitos genéricos especificados para um recurso determinado”⁴¹.

Exemplifiquemos: A tempestividade do recurso é considerada como um requisito genérico do recurso, ou seja, a parte recorrente obrigatoriamente deverá interpor o recurso dentro do prazo expressamente estabelecido no ordenamento jurídico, sob pena de o mesmo sequer vir a ser conhecido.

No entanto, o prazo para a interposição de recurso varia de caso a caso, existindo recursos cujo prazo de interposição é de 10 dias (agravo), e outros cujo prazo é de 15 dias (dentre outros, os embargos infringentes). Assim sendo, apesar de todos os recursos necessariamente deverem preencher os requisitos genéricos de admissibilidade, a tempestividade, no caso, apresentará certas peculiaridades que variam de recurso para recurso.

Feitas essas considerações acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos, passa-se a fazer uma análise centrada no recurso objeto do presente estudo.

1.2.1. CABIMENTO

O primeiro requisito de admissibilidade intrínseco de um recurso é o cabimento. Para tanto, é necessário saber se o mesmo está ou não previsto na lei processual, bem como se é o adequado para aquela espécie. Ou seja, o cabimento do

⁴¹ PINTO, Nelson Luiz, *Recurso Especial para o STJ*, SP, Malheiros, 1996, 2ª Ed., p. 88

recurso é composto por dois elementos de extrema importância: recorribilidade da decisão e utilização do correto recurso para atacar a decisão judicial.

Importante destacar neste passo que, não obstante a adoção desses dois elementos tenha sido bem aceita pela doutrina, surge alguma divergência sobre a correta denominação do segundo elemento. Alguns entendem que o correto seria nominar como “propriedade” do recurso interposto, ao passo que outros entendem que o correto seria nominar como “adequação” do recurso interposto.

A presença desses dois elementos é indispensável para que o recurso venha a ser conhecido e processado. Ou seja, a decisão deve ser recorrível e o meio de impugnação dessa decisão deve estar expressamente previsto na legislação. A falta de qualquer um deles, implica, necessariamente, no não conhecimento do recurso interposto contra a decisão que se pretende reexaminar.

No caso dos embargos infringentes, depois das alterações da Lei 10.352/2001, as divergências antes existentes se somaram às novas que surgiram agora. O cabimento dos infringentes, em determinadas situações, gera muita polêmica, não havendo um consenso ou mesmo uma orientação definida e final em relação a alguns pontos.

O artigo 530 do Código de Processo Civil estabelece que a possibilidade de interposição do recurso de embargos infringentes contra decisão, por maioria, que venha a reformar sentença de mérito, em caso de apelação, ou que, também por maioria, venha a julgar a ação rescisória procedente. Já o artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais estabelece que “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN só se admitirão embargos infringentes e de declaração”.

Em relação ao recurso previsto no artigo 530 do Código de Processo Civil, o recurso de embargos infringentes só é admitido quando a divergência existir na decisão proferida no julgamento da apelação e da ação rescisória, não sendo possível a interposição do recurso quando a divergência estiver centrada na fundamentação e não venha refletir no resultado final.

Humberto Theodoro Jr. destaca que por meio dos infringentes é possível atacar somente a parte dispositiva da decisão proferida por maioria de votos, não sendo possível a utilização para simples alteração das “premissas, antecedentes ou fundamentação do voto que a justifica”⁴².

Por meio da ação rescisória, objetiva-se desconstituir sentença⁴³ ou acórdão⁴⁴ transitado em julgado, desde que encartada em uma das hipóteses elencadas no artigo 485 do Código de Processo Civil e dentro do prazo de 2 anos contados do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir.

Tanto na apelação, quanto na rescisória, a decisão será tomada por um colegiado, sendo que o recurso de embargos infringentes somente será cabível caso a divergência entre os julgadores, como já dito, estiver centrada na parte “dispositiva”⁴⁵ do *decisum*.

Há que se considerar ainda que os embargos infringentes não obrigatoriamente devem abranger toda a matéria que for objeto de divergência, sendo

⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo de Conhecimento*, volume I, 45ª ed., Rio, Forense, p. 683.

⁴³ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:...”

⁴⁴ O art. 163 do Código de Processo Civil estabelece que: “Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais”.

⁴⁵ O artigo 498 faz referência ao termo “dispositivo do acórdão”.

possível a parte vencida buscar o prevalecimento do posicionamento minoritário somente em relação a um ponto.

Nas hipóteses em que no acórdão, na parte dispositiva, existir uma decisão por maioria de votos e uma por unanimidade, obrigatoriamente, devem ser interpostos, nos moldes do artigo 498 do Código de Processo Civil, no momento oportuno, o recurso contra a parte unânime do *decisum* (no caso, recurso especial e/ou recurso extraordinário).

Em relação ao recurso previsto na Lei de Execuções Fiscais, a hipótese de cabimento é bem delimitada pela redação dada ao artigo 34. Como já visto, a discussão que existia na vigência do Código antigo foi suprida com o §1º, do artigo 34, que delimita que o valor da causa deve corresponder à data da distribuição⁴⁶.

1.2.2. LEGITIMIDADE PARA RECORRER

O Código de Processo Civil, em seu art. 499 e parágrafos⁴⁷, dispõe que o recurso (qualquer recurso) pode vir a ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público⁴⁸. Limitou-se o número de possíveis recorrentes, evitando-se com isso um aumento despropositado de recursos nos nossos Tribunais⁴⁹.

⁴⁶ Questionava-se se a base do salário mínimo que deveria ser tomado como referência seria o vigente no momento da propositura da ação ou o vigente no momento da prolação da sentença.

⁴⁷ “Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. §1º. Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. §2º. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal de lei”.

⁴⁸ De acordo com referido dispositivo legal, se o terceiro prejudicado pode valer-se dos embargos infringentes.

⁴⁹ “A lei processual não inclui o juiz no rol dos legitimados a recorrer, porque o magistrado não pode, em nenhuma hipótese, interpor recurso. O impropriamente denominado “recurso ex officio” (art. 475, CPC) não é, em verdade, um recurso, mas sim condição de eficácia da sentença”. O mesmo autor ainda destaca “os auxiliares do juízo em geral, como o escrivão, diretor de secretaria, escrevente, contador, partidador, depositário judicial, perito judicial e os assistentes técnicos, não têm legitimidade para recorrer porque não são parte nem terceiro prejudicado”(Nelson Nery Junior, Teoria Geral dos Recursos, p. 256)

Em qualquer uma das hipóteses elencadas no artigo 499 do Código de Processo Civil, deve o recorrente demonstrar o prejuízo que a decisão impugnada efetivamente lhe acarretará. Um dado essencial à admissão e processamento do recurso é o prejuízo ou gravame que tenha causado o ato decisório.

O termo “parte” abrange toda a pessoa que integre o processo onde foi proferida a decisão que se pretende reformar/anular. Assim, ao lado do autor e réu da ação, podem recorrer também: o litisconsorte (ativo ou passivo); do assistente⁵⁰; o interveniente, desde que não tenha se desvinculado do processo antes da prolação da decisão e o substituto processual.

No caso específico do terceiro prejudicado, imperiosa se torna a demonstração do “nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir (recorrer) e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”⁵¹. Deve ficar demonstrado assim o prejuízo causado pelo ato decisório⁵².

Na fase recursal, terceiro é tido como aquele que não seja parte no processo. Rogério Lauria Tucci vai mais a fundo, ressaltando que “quer por nunca ter integrado, quer por dele ter-se desligado antes do proferimento do ato decisório recorrível”⁵³.

⁵⁰ Rogério Lauria Tucci ensina que no caso do assistente “exceto quando se trata de assistência simples e ocorra a hipótese do art. 53 (extinção do processo em virtude do reconhecimento do pedido, pelo réu; da desistência da ação ou da transação entre as partes principais – a que se deve acrescentar, segundo Barbosa Moreira, e por analogia, a renúncia, pelo autor, ao direito sobre que se funda a ação)” (ob. cit., p. 269).

⁵¹ BORGES, Marcos Afonso, *Recursos Cíveis*, 2ª ed., Goiânia, ed. AB, p. 12.

⁵² O direito do terceiro prejudicado recorrer é garantido há muito tempo. O Regulamento nº 737 estabelecia em seu artigo 738 que “os terceiros prejudicados podem apelar e interpor o recurso de revista, ainda que não intervissem na causa, na primeira ou na segunda instância”. O Código de Processo Civil de 1939 também previa a possibilidade de o terceiro prejudicado recorrer.

⁵³ Ob. cit. p. 270.

Com relação ao Ministério Público, como estabelece o §2º do artigo 499, o recurso pode ser interposto não só nos processos em que a entidade figura como parte, como também naqueles em que oficiou como fiscal da lei⁵⁴.

Assim, pode-se afirmar que o recurso de embargos infringentes somente pode ser interposto por um daqueles relacionados no dispositivo acima mencionado. No caso de a ação em primeiro grau ter sido julgada improcedente, e o Tribunal, em sede de apelação, por maioria de votos, reformar essa decisão, a parte tem legitimidade para recorrer, a fim de que prevaleça o voto minoritário.

Cumprе salientar que a legitimidade para recorrer não se confunde com a legitimidade *ad causam*, isto porque, o *supra* referido dispositivo legal se refere à parte vencida com legitimidade a recorrer, ou seja, aquele que integrou o processo, é parte legítima para interpor recurso, objetivando a reforma do *decisum*. No entanto, como sabemos, a legitimidade não é requisito suficiente para que o recurso tenha seguimento normal, devendo ser preenchidos outros requisitos.

Tal legitimação é individual, sendo que, nos casos de litisconsórcio necessário, como é sabido, não existe necessidade de que todos recorram da decisão, sendo suficiente a interposição do recurso por somente uma das partes (art. 509 do Código de Processo Civil)

A legitimidade para recorrer é o requisito essencial que garante o direito de determinada pessoa se insurgir contra uma decisão judicial. Se a parte para não tiver legitimidade para recorrer, o recurso interposto não deve ser conhecido.

⁵⁴ Nos casos em que o Ministério Público figura como parte basta demonstrar o prejuízo que o ato decisório possa causar, ao passo que nos casos em que figura como custos *legis* deve demonstrar somente a violação do Direito.

Cabe ressaltar que a legitimidade para recorrer e o interesse em recorrer são dois requisitos distintos. Na fase de admissibilidade recursal cabe analisar primeiramente a legitimidade para recorrer, para depois, superada essa fase, analisar-se o interesse em recorrer. Esse é o entendimento, dentre outros, de Barbosa Moreira⁵⁵.

1.2.3. INTERESSE EM RECORRER

Faz-se necessário, além da legitimidade, o interesse em recorrer. Como visto anteriormente, o interesse da parte deve estar presente quando da propositura da ação, como também no momento da interposição do recurso. O resultado da decisão a ser impugnada acarretará gravame à parte que, poderá, dependendo do caso, ser total ou parcial.

Um parâmetro interessante é utilizado por Vicente Greco Filho, identificando a sucumbência com o interesse em recorrer da parte⁵⁶.

Tal como nas condições da ação, o interesse da parte em recorrer deverá atender ao binômio necessidade-utilidade⁵⁷, ou seja, a *necessidade* que a parte tem de ver aquela decisão prejudicial reformada e a *utilidade* que essa nova decisão (favorável) venha lhe trazer.

Donaldo Armelin entende que a utilidade “há de ser jurídica de forma a propiciar potencialmente vantagens para o patrimônio jurídico de forma a propiciar potencialmente vantagens para o patrimônio jurídico do autor”⁵⁸.

⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, p. 53.

⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, p. 260.

⁵⁷ O conceito do binômio necessidade + utilidade foi formulado por Barbosa Moreira, sendo acolhido por grande parte dos nossos doutrinadores.

⁵⁸ ARMELIN, Donaldo, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, SP, RT, 1979

1.2.4. TEMPESTIVIDADE

A tempestividade é tida como um dos requisitos extrínsecos do recurso. Como sabemos, todo o processo se desenrola por meio de atos das partes e do juiz, com o fito que, ao final, venha a ser prestada a tutela jurisdicional.

Com o fito de delimitar a duração do processo, são impostos limites de tempo para a realização de cada ato processual, ou seja, estipula-se um prazo. Portanto, evidentemente, o recurso somente será admitido na hipótese de ter sido interposto dentro do prazo estabelecido no ordenamento.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 508 do Código de Processo Civil, estabelece que o prazo para a interposição de recurso de embargos infringentes e também a prazo de impugnação será de 15 dias⁵⁹.

O artigo 172 do Código de Processo Civil estabelece que os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das seis às vinte horas⁶⁰. O §3º do mesmo dispositivo legal estabelece que quando o ato tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição, deverá ser apresentado no protocolo no prazo estipulado na lei de organização judiciária local (disciplina, dentre outras coisas, o horário de funcionamento)⁶¹.

⁵⁹ Em regra o prazo é de 15 dias, com exceção dos casos previstos no artigo 188 e 191 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

⁶⁰ A lei 8952/94 alterou a redação do artigo 172, aumentando o prazo final de funcionamento para 20 horas. Pela antiga redação, os atos eram praticados entre as 6 e 18 horas.

⁶¹ O horário de funcionamento previsto na lei de organização judiciária local não pode extrapolar o horário limite previsto no caput do artigo 172 do CPC: “Permite o art. 172, em correlação com o seu §3º, que entre as 6 e 20 horas a lei local estabeleça o horário de funcionamento do expediente forense. O que não é possível aferir-se desse artigo é que a lei local permita a prática de atos processuais, como a interposição de recurso, além das 20 horas ou antes das 6 horas. Interpretação diferente seria admitir que o parágrafo pode desdizer o caput da norma”. (Flávio Cheim Jorge, ob. cit., p. 139)

O prazo para interposição do recurso de embargos infringentes se dá com a intimação (via imprensa oficial) do acórdão da apelação ou da ação rescisória. No caso específico do Ministério Público, essa intimação deve ser pessoal, de acordo com o disposto no artigo 236, §2º, do Código de Processo Civil.

A contagem desse prazo é feita de acordo com o que dispõe o artigo 184 do Código de Processo Civil, levando em consideração também o disposto nos artigos 179 e 180 do mesmo diploma legal (suspensão do prazo).

No caso específico dos embargos infringentes previsto no artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais (recurso interposto contra sentença de primeiro grau), para contagem do prazo, aplica-se a regra insculpida no artigo 506 do Código de Processo Civil.

Parece ser fora de dúvida que o critério adotado pelo legislador para início do prazo para a manifestação da parte é a sua ciência. Não obstante tenhamos anotado que o prazo para interposição do recurso de embargos infringentes se deflagra com a intimação do acórdão da apelação ou da ação rescisória, temos hipótese em que esse prazo deve ser contado de outra forma. Como exemplo, podemos citar os casos em que o procurador da parte vencida, antes mesmo da intimação pela imprensa oficial, faz carga dos autos⁶².

A partir do momento que o processo é retirado de cartório, resta inequívoca a ciência da parte sobre o teor integral da decisão, contando-se, assim, o prazo de 15 dias para interposição do recurso de embargos infringentes do dia seguinte à carga dos autos, e não da publicação⁶³⁻⁶⁴.

⁶² Nesse sentido, RTJ101/1292.

⁶³ Isso, por óbvio, levando-se em consideração que a carga dos autos seja feita antes da publicação na imprensa oficial.

E não poderia ser de outra forma. A constatação, nessa hipótese, do início do prazo recursal se dá com a simples conferência do livro de carga que fica no cartório. Caso o recurso de embargos infringentes não venha a ser interposto no prazo de 15 dias contados da efetiva ciência, mas sim depois disso, deve o embargado providenciar junto ao cartório que seja certificada a data exata da retirada dos autos fora de cartório, o que levará ao não conhecimento do recurso.

Para impugnação dos embargos (termo utilizado pelo legislador no artigo 534 do Código de Processo Civil), também se aplica a regra acima para contagem desse prazo.

Importante destacar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 507, estabeleceu como causa de interrupção do prazo de interposição do recurso,⁶⁵ o falecimento da parte ou do advogado, ou ainda a ocorrência de força maior.

Existe ainda a possibilidade de tanto a parte vencida, como a parte vencedora, constatando a existência de alguma contradição, obscuridade ou omissão no corpo do acórdão da apelação ou da ação rescisória, no prazo de 5 (cinco) dias, vir a opor embargos de declaração (artigo 535 do Código de Processo Civil). Com a interposição desse recurso, o prazo para embargos infringentes é interrompido (antes do advento da Lei 8950/94, o prazo era suspenso), devendo o recurso de embargos declaratórios ser processado, julgado, e somente depois da intimação pela imprensa oficial, caso não haja alteração do teor do acórdão embargado⁶⁶, dá-se início ao prazo de 15 dias para interposição dos infringentes.

⁶⁴ Essa regra vale para toda a decisão proferida nos autos.

⁶⁵ No caso de interrupção, o prazo recursal, quando reiniciado, é integral (15 dias).

⁶⁶ Existe a possibilidade de o acórdão da apelação ou da ação rescisória ser alterado, em sede de embargos de declaração, caso seja constatada omissão, contradição ou obscuridade.

1.2.5. REGULARIDADE FORMAL

Esse requisito de admissibilidade intrínseco nada mais é do que a necessidade de que o recorrente, ao interpor o recurso, observe a forma segundo a qual o mesmo deve revestir-se. Deve assim a parte demonstrar efetivamente as razões pelas quais a decisão recorrida não deve prevalecer, formulando ao final o pedido de reforma ou anulação do julgado.

Existem casos em que a forma como deve ser apresentado o recurso vem bem delineada pelo próprio Código de Processo Civil. No caso, por exemplo, do recurso de apelação, o artigo 514 do Código de Processo Civil estabelece que o mesmo deve ser interposto por petição redigida ao juiz da causa, contendo ainda, nome e qualificação das partes, fundamentos de fato e de direito e pedido de nova decisão.

Podemos citar também as regras de interposição do recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória, onde o artigo 523 do Código de Processo Civil dispõe acerca da necessidade da exposição do fato e do direito; das razões do pedido de reforma e a indicação das peças a serem trasladadas.

O não preenchimento desses requisitos leva ao não conhecimento do recurso. A parte recorrente deve efetivamente deduzir o recurso de acordo com as formalidades previstas no ordenamento jurídico, viabilizando o seu conhecimento (pelo menos, no que tange ao requisito da regularidade formal), e se o caso, a reforma ou anulação da decisão.

No caso específico dos embargos infringentes contra acórdão de apelação ou ação rescisória, tem-se a considerar o seguinte. Na vigência do Código de

1939, como dito anteriormente, o artigo 531 estabelecia que o recurso deveria ser deduzido “por artigos”⁶⁷.

Naquela época, a doutrina e a jurisprudência já haviam se manifestado contrariamente a esse formalismo, entendendo que o recurso não deveria necessariamente ser deduzido por artigos, mas sim, de forma fundamentada, o que viabilizava o seu conhecimento. Moniz de Aragão, de maneira sucinta, resumia o entendimento sedimentado àquela época acerca da antiga exigência: “velharia desprezível, vazia de sentido”⁶⁸.

Na nova redação do artigo 531 do Código de Processo Civil foi suprimida a expressão “deduzida por artigos”, fazendo com que fosse simplesmente aplicada a regra que já havia sido adotada pela doutrina e jurisprudência anteriormente. Os requisitos formais dos embargos infringentes são basicamente os mesmos que se fazem necessários nos outros recursos: identificação das partes (recorrente e recorrido); razões do inconformismo, demonstrando no caso a necessidade de prevalecer o voto minoritário e pedido de nova decisão.

Concordamos com o entendimento de Nelson Nery Junior, no sentido de que “a exposição dos motivos de fato e de direito que ensejaram a interposição do recurso e o pedido de nova decisão em sentido contrário à recorrida são requisitos essenciais e, portanto, *obrigatórios*. A inexistência das razões ou de pedido de nova decisão acarreta juízo de admissibilidade negativo: o recurso não é conhecido”. Esse aliás é o entendimento premoninante na doutrina⁶⁹ e na jurisprudência⁷⁰.

⁶⁷ “Art. 531. Os embargos serão deduzidos por artigos e entregues no protocolo do tribunal”.

⁶⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 122.

⁶⁹ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, op. cit. p. 236; Sérgio Bermudes, *Comentários*, op. cit., p. 131; Rogério Lauria Tucci, *Curso*, op. cit. 266 e 291.

⁷⁰ RT 508/161; 508/223; RTJ 85/722; JTACivSP 105/132.

Em assim não se fazendo, não há como se delimitar o objeto do recurso. Nos embargos infringentes contra acórdão de apelação ou ação rescisória essa exposição é essencial, uma vez que é a forma que deve ser utilizada pelo recorrente para demonstrar a razão pela qual deve prevalecer o voto minoritário. Isso não só delimita o objeto do recurso, como também possibilita ao embargado apresentar sua impugnação, demonstrando, de seu lado, a necessidade de manutenção da decisão da maioria votante.

Assim, não basta o recorrente demonstrar que a decisão recorrida está errada ou defeituosa, devendo também apresentar os exatos motivos fáticos e de direito que o levaram a buscar a reforma do *decisum*.

1.2.6. PREPARO

No Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei 8950/94, o art. 511, passou a ter nova redação. No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, sob pena de deserção⁷¹.

Ao contrário do que antes ocorria, o pagamento do preparo no ato da interposição do recurso é condição para que o recurso venha a ser processado, devendo, inclusive, a parte, no ato de interposição, anexar o comprovante do recolhimento.

A doutrina atual apresenta certa divergência na hipótese de a parte, antes de expirado o prazo recursal, vir a recorrer e posteriormente efetuar o recolhimento do preparo (evidentemente, recolhimento este ocorrido dentro do prazo do recurso), ou

⁷¹ O não recolhimento do preparo, acarretará a deserção do recurso, declarável pelo próprio relator.

até mesmo a sua complementação quando o valor inicialmente recolhido for insignificante.

Cândido Rangel Dinamarco entende que nas hipóteses de a parte não recolher o preparo no ato da interposição do recurso, o poderá fazer, desde que dentro do prazo estabelecido em lei, juntando, posteriormente, a cópia aos autos⁷².

Entretanto, essa tese defendida pelo citado professor encontra resistência na maioria dos doutrinadores, dentre outros, Nelson Nery Jr., Carreira Alvim, Clito Fornaciari Júnior, J. J. Calmon de Passos, que entendem que caso a parte não venha a interpor o recurso e recolher o preparo no mesmo momento, ocorrerá preclusão consumativa⁷³⁻⁷⁴⁻⁷⁵, ou seja, a juntada da guia de pagamento de preparo dentro do prazo recursal, mas depois da interposição do recurso não é possível.

Sergio Bermudes entende que o recorrente somente estará compelido a provar o recolhimento do preparo do recurso se souber qual o montante a ser recolhido. Para ele, nesses casos, em se desconhecendo o preparo a ser recolhido, o recorrente se “abstém dele e aguarda, independentemente de requerimento seu, a intimação para efetuar-lo”⁷⁶.

No caso do recurso de embargos infringentes, o antigo §1º, do artigo 533, do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que “o prazo para preparo será de 10 (dez) dias, contados da publicação, no órgão oficial, do despacho de recebimento dos

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª Ed., SP, 1995, n. 122, p. 164.

⁷³ Carreira Alvim, *Código de Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte, Del. Rey, 181/182.

⁷⁴ Clito Fornaciari Júnior, *A Reforma Processual Civil*, SP, Saraiva, 1996, p. 93.

⁷⁵ J. Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, SP, Forense, 1996, p. 119. Segundo o autor, “o preparo não é a posteriori, e sim prévio. Paga-se o preparo e com a prova desse pagamento se protocolará a petição de recurso...”

⁷⁶ BERMUDES, Sérgio, *A Reforma do Código de Processo Civil*, SP, Saraiva, 2ª Ed., p. 72/73.

embargos”. Nessa época, cabia a parte vencida o ônus de recolher o preparo (existiam Estados que dispensavam o recolhimento de preparo para embargos infringentes).

No Estado de São Paulo, o recorrente é dispensado do recolhimento do preparo dos embargos infringentes contra acórdão de apelação ou ação rescisória. Já no Estado do Rio Grande do Sul, o preparo é obrigatório, com exceção dos casos encartados no parágrafo único do artigo 511 do Código de Processo Civil, como também nas hipóteses em que o recorrente for beneficiário de assistência judiciária (Lei 1060/50).

Nos casos de embargos infringentes interpostos contra sentenças monocráticas, disciplinados pelo artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais, incide a regra geral da necessidade do recolhimento do preparo para devido processamento do recurso de apelação, ressalvados também os casos do parágrafo único do artigo 511 do Código de Processo Civil e dos beneficiários de assistência judiciária.

2. PRINCÍPIOS DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Não obstante o objeto do presente estudo seja especificamente a análise do recurso de embargos infringentes, para uma melhor elucidação do tema, entendemos que não há como se deixar de abordar, ainda que superficialmente, algumas questões relacionadas à teoria geral dos recursos.

A simples referência à história do surgimento do recurso de embargos infringentes e sua aplicabilidade no Código anterior não é suficiente para se ter presente a exata extensão e aplicabilidade desse recurso. Faz-se necessária, sem dúvida alguma, primeiramente uma análise do recurso de uma maneira geral para então se dar o enfoque necessário ao nosso tema.

Depois de se ter feito uma análise do juízo de admissibilidade do recurso, bem como dos requisitos necessários ao processamento do mesmo, importante também se faz uma análise dos princípios da teoria geral dos recursos que se aplicam ao caso em estudo.

Os *princípios* do direito processual civil são divididos em *princípios informativos* e *princípios fundamentais*. Os primeiros (informativos), no entender de Arruda Alvim, são “desligados de maior conotação ideológica”⁷⁷ e podem ser classificados em: lógico, jurídico, político e econômico. Já os segundos (fundamentais) são aqueles “sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos”⁷⁸ e podem ser classificados em: da bilateralidade, dispositivo, do impulso processual, da oralidade e da publicidade dos atos.

Esses *princípios* processuais são extramamente importantes e podem ser conduzidos ao estudo da teoria geral dos recursos, viabilizando uma análise mais aprofundada. Passamos a analisar os princípios importantes na fase recursal.

2.1. Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição garante à parte vencida, mesmo que parcialmente, diante do seu descontentamento/inconformismo com a decisão, a reapreciação da matéria de fato e de direito (objeto do recurso). Como anteriormente exposto, o recurso no nosso sistema processual é extremamente importante, haja visto que possibilita a revisão da decisão, a princípio por um órgão superior do Poder

⁷⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, RT, 11ª Ed., 2007, p. 18/19.

⁷⁸ Nelson Nery Junior, *Teoria Geral dos Recursos*, SP, 4ª Ed., RT, 2004, p.75

Judiciário, evitando, com isso, a perpetuação de um erro ou até mesmo de um abuso cometido pelo magistrado⁷⁹.

Apesar desse princípio não estar expresso no nosso sistema e existem opiniões contrárias à sua adoção, não há como se negar que o mesmo encontra-se *implicitamente* previsto no texto constitucional, quando se estabelece a competência dos Tribunais do país para julgarem causas originariamente e em grau de recurso, como também na legislação ordinária, quando elenca os meios de impugnação das decisões judiciais.

A adoção do princípio do duplo grau de jurisdição é tida como uma questão política legislativa e não uma característica inerente ao Judiciário. A possibilidade de revisão das decisões judiciais por um órgão colegiado, como visto, é vital para a distribuição da justiça⁸⁰. No entanto, o direito de recorrer não pode ser ilimitado. Essa limitação tem como objetivo exatamente evitar a eternização do processo em detrimento da segurança e efetividade do processo.

O texto constitucional garante o direito ao contraditório e à ampla defesa quando estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, inciso LV, da CF/88) e também a competência dos Tribunais, doutro lado, impõe limites à interposição de determinados recursos.

⁷⁹ Rodolfo Camargo Mancuso diz que a adoção desse princípio “nada mais revela do que a preocupação de que a decisão se aproxime o mais possível do “justo”: a revisão do julgado por um órgão colegiado mais experiente, diminui sensivelmente a possibilidade de erro do judiciário e atende ao natural anseio da parte sucumbente de que seu “caso” seja reexaminado por outros julgadores” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, SP, 4ª Ed., RT, 1996, p. 110).

⁸⁰ O recurso de apelação é tido como o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição.

Ao contrário do que ocorria no sistema da Constituição Imperial (1824), onde o princípio do duplo grau de jurisdição merecia expresso acolhimento⁸¹, a Constituição Federal de 1988 limita o âmbito de abrangência desse princípio.

Deve assim a lei estabelecer limites à utilização dos recursos, e inclusive, hipóteses em que determinadas decisões sejam irrecorríveis, evitando com isso a proliferação de recursos, muitas vezes interpostos com o fito somente de procrastinar a decisão final. Por evidente, de outro lado, que essa limitação ou mesmo restrição não pode ser feita de modo aleatório, sob pena de na tentativa de se buscar uma justiça mais rápida, perder-se de vista a segurança jurídica.

O recurso de embargos infringentes previsto no artigo 34 da Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) pode ser elencado com um caso em que a lei ordinária restringe o cabimento de recurso ao órgão superior, uma vez que prevê que das sentenças de primeira instância proferidas em execuções até determinado valor não caberá apelação, mas somente embargos de declaração e embargos infringentes, endereçados ao próprio Juizado de primeiro grau, com uma composição diversa.

Não pretendemos no presente trabalho esgotar o tema. E nem poderíamos. A discussão em torno do princípio do duplo grau de jurisdição vem sendo tratada com profundidade pelos nossos doutrinadores, onde não só se analisa sua aplicabilidade no nosso sistema processual civil, como também os limites desse princípio.

O enfoque principal que pretendemos demonstrar efetivamente para o estudo do recurso de embargos infringentes é o que foi apresentado acima. Afora o

⁸¹ “Art. 158. Para julgar a causas em Segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos povos”.

caso do recurso de embargos infringentes previstos na Lei de Execução Fiscal, tido como uma restrição do princípio do duplo grau de jurisdição, cumpre-nos analisar a aplicabilidade desse princípio no caso do recurso de embargos infringentes de acórdão de apelação e ação rescisória.

Na linha desse entendimento, os casos de acórdão proferidos quando do julgamento do recurso de apelação não se enquadrariam nas hipóteses de aplicabilidade do princípio em questão.

No nosso entender, esse entendimento é o correto. Apesar de num primeiro o “duplo grau de jurisdição” dar uma idéia de reapreciação do *decisum* por órgão superior, deve-se levar em consideração o conteúdo desse princípio, qual seja, à luz de um fato concreto e dos elementos constantes do processo, o reexame da decisão (no caso, primeira decisão).

Assim, o princípio do duplo grau de jurisdição não estaria limitado ao caso do recurso de apelação, mas também a todos os demais recursos interpostos contra decisões proferidas em processos de competência originária do Tribunal.

Barbosa Moreira entende que o princípio do duplo grau de jurisdição “em termos genéricos, poder-se-ia dizer que dele decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo – como, no sistema do Código de Processo Civil de 1973, o contemplado no art. 475 e seu parágrafo único -, após a primeira decisão”⁸². Ou seja, nada mais é do que a possibilidade de nova apreciação da “primeira decisão”⁸³.

⁸² Comentários, p. 237.

⁸³ Nesse mesmo sentido, Gisele Heloisa Cunha: “...só é possível se falar em duplo grau de jurisdição quando se tratar de embargos interpostos contra decisões não unânimes proferidas em ação rescisória. Isto

2.2. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O princípio da taxatividade no plano recursal nada mais é do que vedação à criação de novos recursos, considerando-se, por essa razão, somente como *recursos* aqueles expressamente previstos em lei federal.

O rol de recursos vem elencado no art. 496 do Código de Processo Civil: apelação, agravo, embargos de infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em extraordinário.

Afora os recursos acima elencados e expressamente previstos no art. 496 do Código de Processo Civil, destacamos ainda nos arts. 532 e 557, parágrafo único; arts. 544 e 545 destacamos o recurso de agravo em matéria de recurso especial e extraordinário; art. 523 e 524 do Código de Processo Civil que são apenas uma modalidade de agravo.

O recurso adesivo, previsto no art. 500, apesar de não integrar o rol acima, não consiste em outro recurso, mas tão-somente numa modalidade específica e peculiar de interposição. A nova redação dada ao inciso I, do art. 500 do Código de Processo Civil, estabeleceu que o prazo de 10 dias para interposição, passasse a ser o mesmo prazo para a resposta do recurso original, no caso 15 (quinze) dias⁸⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, inciso I, estabelece que será de competência exclusiva da União legislar direito processual, dentre outros. De

porque a verdadeira função do duplo grau consiste na possibilidade de ser revista uma decisão proferida pela primeira vez por um órgão judicial, seja mediante interposição de recurso de apelação, seja mediante interposição de recursos contra decisões proferidas pelos tribunais, em face de sua competência originária” (ob. cit. p. 64).

⁸⁴ Nos casos de existirem litisconsortes com procuradores diversos, aplica-se a regra do art. 191 do CPC.

outra parte, a norma constitucional, em seu art. 24, XI, estabelece que compete à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre procedimento em matéria processual.

Ou seja, ao mesmo tempo que a norma constitucional restringe a competência para a criação de qualquer recurso somente à União, faculta aos Estados a possibilidade de legislarem sobre procedimento processual.

Assim sendo, diante da expressa vedação constitucional, conclui-se que só devem ser considerados como recursos aqueles criados por lei federal, encartando-se aí não só aqueles expressamente previstos no Código de Processo Civil (apelação, recurso ordinário, embargos infringentes e outros), como também aqueles previstos em leis federais esparsas (Lei de Execuções Fiscais, Lei do Mandado de Segurança, Lei dos Juizados Especiais)⁸⁵, não se enquadrando, no entanto, nesse rol os recursos criados pelo Estados e inseridos nos Regimentos Internos dos Tribunais locais⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸⁵ Na linha do acima exposto, entendemos que os recursos não estão limitados ao rol apresentado no artigo 496 do Código de Processo Civil, devendo abranger também todos aqueles disciplinados em lei federal. Apesar disso não afrontar o princípio da taxatividade, uma vez que ainda assim entende-se que os recursos devem ser considerados somente aqueles previstos em lei federal, surge um ponto em que as regras impostas nessas leis federais colidem com o disposto no Código de Processo Civil, tal como ocorre com o recurso previsto no art. 34 da LEF, onde ao invés de se prever apelação (recurso contra sentença), prevê-se recurso de embargos infringentes.

⁸⁶ A correção parcial, regulada por leis estaduais (Leis de Organização Judiciária e Regimentos Internos de Tribunais), teve como objetivo garantir a regularidade dos serviços forenses. A correção parcial não deve ser considerada como recurso, mas sim como um meio de corrigir eventuais erros do magistrado. Admitir-se a correção parcial como um recurso seria o mesmo que reconhecer sua inconstitucionalidade, haja vista a clareza da norma constitucional que restringe a legislação de material processual somente à competência da União. O mesmo se pode dizer do recurso de agravo regimental contra decisão do Relator.

⁸⁷ Existem outros meios que, por falta de previsão legal, não são considerados como recursos: remessa obrigatória, pedido de reconsideração.

2.3. PRINCÍPIO DA SINGULARIDADE

O princípio da singularidade, também chamado de princípio da unicidade ou da irrecorribilidade é aquele segundo o qual para cada ato judicial recorrível existe somente um único recurso previsto na nossa legislação, ou seja, a decisão só pode ser impugnada por um recurso, não sendo possível a interposição, ao mesmo tempo, de vários recursos contra a mesma decisão.

Esse princípio era expressamente previsto no Código de Processo Civil de 1939, onde o artigo 809 estabelecia que “a parte poderá variar de recursos dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”. Ao mesmo tempo em que se vedava expressamente a possibilidade de interposição de dois recursos, admitia-se a interposição simultânea do recurso de revista e do recurso extraordinário contra a mesma decisão judicial (art. 808 do Código de Processo Civil/39), o que já era considerado como uma exceção do princípio da unicidade.

Muito embora não repita expressamente essa regra, o Código vigente contempla implicitamente o princípio da unicidade. Tal conclusão decorre da interpretação dos dispositivos encartados no Código de Processo Civil/73 que enumeram os recursos cabíveis para impugnação de decisões judiciais e a correlação que deve existir entre o artigo 162 e os artigos 504,513 e 522.

A aplicabilidade dessa regra no sistema processual vigente decorre do próprio sistema recursal na medida em que se estabelece uma correspondência entre as espécies de atos decisórios e os recursos existentes. Assim, diante de uma sentença proferida por um juiz de primeiro grau cabe a parte vencida interpor recurso de apelação (art. 513 do Código de Processo Civil); diante de uma decisão interlocutória cabe a parte interpor recurso de agravo de instrumento (art. 522 do Código de Processo

Civil); diante de acórdão não unânime de apelação ou ação rescisória cabe a parte interpor embargos infringentes (limitados à matéria objeto de divergência – art. 530 do Código de Processo Civil).

Existem, contudo, no nosso entender, *exceções* ao princípio da unicidade. Como sabemos, poderão caber recurso especial e recurso extraordinário, se tiver ocorrido violação a dispositivo de lei federal e a dispositivo constitucional, respectivamente (art. 541 e ss. do Código de Processo Civil)⁸⁸.

Para Barbosa Moreira não há que se falar em *exceção* ao princípio da singularidade nos casos de interposição de embargos e recurso especial e/ou extraordinário, uma vez que, segundo o doutrinador, as decisões “objetivamente complexas” são compostas de capítulos distintos, e por essa razão, para fins de recorribilidade, cada capítulo é considerado como uma decisão.

Deve-se ter em mente o seguinte: nas hipóteses em que existir um acórdão não unânime proferido no julgamento de um recurso de apelação ou ação rescisória o único recurso capaz de ensejar a reforma da decisão para o fim de prevalecer o voto minoritário é o de embargos infringentes⁸⁹.

⁸⁸ Nesse caso, cada recurso se dirige ao que seria uma decisão no sentido estrutural, propriamente dito. Nelson Luiz Pinto, vê como uma exceção ao princípio da unicidade ou singularidade recursal a hipótese em que ‘se interpõe recurso especial e extraordinário, não cada um contra partes distintas contidas no mesmo acórdão, mas contra uma decisão *stricto sensu*, isto é, a decisão de uma mesma questão, na hipótese de ter o tribunal, ao julgar essa questão, ao mesmo tempo, violado disposição de lei federal e a norma da Constituição” (PINTO, Nelson Luiz, *Recurso Especial para o STJ*, SP, Malheiros, 1996, 2ª Ed., p. 92).

⁸⁹ Isso na hipótese de a divergência ser total. Na hipótese de num mesmo julgamento, uma questão for decidida por unanimidade de votos e outra por maioria de votos, os embargos infringentes, como já visto, deverão estar limitados à questão objeto da divergência.

2.4. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Ao estudarmos a teoria geral dos recursos, não podemos deixar de aludir ao princípio da fungibilidade do recurso. Este princípio vinha expressamente previsto no CPC/39, no art. 810⁹⁰, sendo que, apesar de não constar no atual Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência⁹¹ são unânimes no sentido da continuidade de sua aplicação⁹².

Para Alcides Mendonça Lima o princípio da fungibilidade deve ser aplicado, mesmo não existindo uma regra expressa nesse sentido no Código vigente, a fim de se evitar que a parte que tenha interposto um recurso com dúvida, sem erro grosseiro ou má-fé, venha a ser prejudicada⁹³.

O princípio da fungibilidade nada mais é do que a aceitação de um recurso pelo outro, em determinadas condições. No código revogado, ante a existência de vários recursos, muitas vezes a parte tinha dúvidas sobre qual deveria interpor para impugnar determinadas decisões. Nestas hipóteses, a parte interporia determinado recurso, e caso o órgão competente para o julgamento entendesse que aquele não era o recurso, ocorreria a aceitação daquele recurso em lugar de outro, desde que não houvesse erro grosseiro (ausência de dúvida objetiva) e má-fé (art. 810, Código de Processo Civil de 1939).

O fato de não existir previsão expressa no Código vigente acerca do princípio da fungibilidade não deve (pode) se constituir num óbice à sua aplicabilidade

⁹⁰ “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”.

⁹¹ RTJ 90/1107; RTJ 100/1308; RTJ120/548; RSTJ 48/319; RSTJ 58/210; RSTJ 43/350; RT 614/146, RT 507/211

⁹² Inexistem dúvidas quanto a subsistência do princípio da fungibilidade na lei vigente, mesmo sem qualquer disposição expressa na norma legal.

⁹³ Alcides Mendonça Lima, Introdução aos recursos cíveis, p. 244.

no sistema recursal. O ponto que tem sido objeto de discussão, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, diante da inexistência de um regramento no Código atual, de qual os requisitos efetivamente necessários para aplicação do princípio da fungibilidade.

Uma parcela da doutrina e da jurisprudência entende que a simples inexistência de erro grosseiro já seria suficiente para aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que não teria qualquer coerência falarmos em má-fé da parte recorrente em razão de eventual dúvida acerca do recurso cabível.

Teresa Arruda Alvim Wambier entende que o requisito que deve ser preenchido para a aplicabilidade do princípio da fungibilidade de recursos seria a inexistência de erro grosseiro, que nada mais é do que a ausência de dúvida objetiva demonstrável ou atestável por divergência jurisprudencial acerca de qual deveria ser o recurso cabível para determinada situação⁹⁴. Para Nelson Nery Junior a má-fé não é elemento a ser considerado para a admissibilidade do recurso⁹⁵.

Doutra parte, existe entendimento no sentido de que, para a aplicabilidade do princípio da fungibilidade, devem se fazer presentes os dois requisitos elencados no artigo 810 do Código revogado. Ou seja, essa corrente limita-se a aplicar a regra que vigia no Código anterior, transportando somente para o atual os dois requisitos que antes eram expressamente previstos. Dentre outros na doutrina, destacamos Alcides Mendonça Lima e Milton Sanseverino⁹⁶.

⁹⁴ Outro ponto de extrema relevância suscitado pela jurista seria o de que não teria qualquer sentido a exigência que para a ocorrência da fungibilidade seria necessário que o recurso interposto com dúvida tenha ocorrido dentro do prazo daquele que deveria ter sido interposto. Referida exigência violaria o prazo do recurso, abreviando-o, como também não se estaria aplicando o princípio da fungibilidade, haja visto a restrição quanto ao prazo de interposição do recurso. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, O Novo regimento do agravo, RT, p. 114)

⁹⁵ Nelson Nery Junior, Princípios, cit., p. 140.

⁹⁶ Na jurisprudência, destacamos os acórdão encartados na RTJ 90/1107 e RSTJ 60/33.

Como visto, mesmo não existindo previsão expressa no Código vigente acerca da aplicabilidade do princípio da fungibilidade, mesmo assim tem-se entendido que isso não ser um obstáculo para sua acolhida. A discussão que se trava está centrada nos requisitos essenciais para a aplicabilidade desse requisitos, ou seja, se prevalecem os mesmos requisitos do Código de 1939 ou não.

No nosso entender, correto é o entendimento que limita a aplicabilidade do princípio da fungibilidade aos casos em que houver erro grosseiro⁹⁷, uma vez que não haveria que se falar em má-fé diante da lacuna existente no sistema processual que gera dúvida acerca de qual o recurso cabível, dúvida essa que se reflete em posicionamentos divergentes na doutrina e jurisprudência⁹⁸. A adoção do princípio da fungibilidade não significa, necessariamente, a aplicação de todos os seus requisitos.

Pode-se afirmar que o princípio da fungibilidade dos recursos está ligado ao requisito do cabimento. Não obstante existam regras básicas acerca do meio de impugnação para determinada decisão (cabimento), não podemos de considerar a existência de algumas lacunas no nosso sistema processual civil que levam ao questionamento do recurso correto. O princípio de fungibilidade é um meio de buscar a solução do litígio, garantir a prestação da tutela jurisdicional, desde que, no entanto, sejam cumpridos certos regramentos de impulso processual.

Na feliz expressão de Flávio Cheim Jorge⁹⁹, esse princípio deve ser visto como uma forma de “abrandamento” do requisito do cabimento, uma vez que, em

⁹⁷ Para Teresa Arruda Alvim Wambier existe erro grosseiro quando a parte faz uso de um recurso no lugar de outro (com regramente claro) ou quando a jurisprudência e a doutrina são indiscrepantes quanto ao cabimento de determinado recurso.

⁹⁸ O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse sentido: “Para que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal é necessário que o recorrente não tenha incidido em erro grosseiro” (REsp 14.963-0/PB, RSTJ37/465).

⁹⁹ Flávio Cheim Jorge, ob. cit. p. 209.

determinadas situações, chega-se a admitir recurso de apelação contra uma decisão que não seja sentença.

Na análise dos requisitos de admissibilidade do recurso, colocamos que o recorrente, ao interpor o recurso, deve observar a forma segundo a qual o mesmo deve revestir-se, sobre pena de não conhecimento. Contudo, nos casos em que a lei não é clara¹⁰⁰ ou mesmo nos casos em que não existe posicionamento sedimentado na doutrina e/ou jurisprudência acerca do meio correto de impugnar determinada decisão, o formalismo excessivo não pode impedir a aplicação da justiça, deixando de conhecer um recurso que, apesar de interposto no prazo, não é considerado o adequado para aquela situação.

A inexistência de erro grosseiro pressupõe a existência de dúvida objetiva. O princípio da fungibilidade somente é aplicado quando a dúvida decorrente da lacuna existente no sistema processual ou mesmo da divergência doutrinária e jurisprudencial, leva a parte recorrente a não interpor o recurso “correto”. Para que não haja erro grosseiro deve ficar clara a existência de dúvida objetiva.

A regra disposta no artigo 154 do Código vigente, no sentido de que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir...” corrobora a assertiva acima. A liberdade deixa de existir quando existir regra específica na legislação. Nos casos em que a questão suscite muita discussão e leve a posicionamentos diversos, ficando a dúvida acerca de qual recurso deve ser interposto, não há razão para se descartar o princípio da fungibilidade.

¹⁰⁰ Por exemplo, nos casos em que se conceitua uma decisão como sendo outra: “despacho saneador”. Pelo nosso sistema, a princípio, somente são recorríveis as decisões, sendo os despachos irrecorríveis, meros expedientes de impulso processual.

Por óbvio, a partir do momento que a doutrina e a jurisprudência se posicionarem num determinado sentido, deixa de existir dúvida acerca do correto recurso a ser interposto, inviabilizando, assim, nesse caso, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade¹⁰¹. A interposição de qualquer outro recurso passa a ser vista como erro grosseiro.

Evidentemente, a aplicação do princípio da fungibilidade é limitada, devendo ser levado em consideração cada caso em particular. Apesar de ter havido uma simplificação do sistema recursal com o advento do Código de Processo Civil de 1973, não se pode deixar de considerar que ainda assim existem casos em que as dúvidas acerca do correto recurso a ser interposto persistem.

Um exemplo clássico dessa dúvida diz respeito ao recurso cabível contra a decisão sobre o incidente de remoção de inventariante. Apelação ou agravo? O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar um caso desses, aplicou o princípio da fungibilidade diante dos “desencontros” quando à interpretação do art. 997 do Código de Processo Civil¹⁰².

Entendemos que o importante para o presente trabalho é se fazer uma análise do tema, consignando os pontos que mais discusso e a sua aplicabilidade na sistema atualmente vigente. Pelo que se demonstrou, não dúvida acerca da aplicabilidade desse princípio nos nossos dias atuais. Todavia, surge a questão: no caso de decisão não unânime proferida no julgamento de um recurso apelação ou ação rescisória, aplica-se o princípio da fungibilidade?

¹⁰¹ Por exemplo, a partir do momento que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento no sentido de que o recurso correto contra decisão que homologa atualização de conta é o de agravo (Súmula 118 do STJ), não se pode cogitar a existência de dúvida para interposição do recurso.

¹⁰² “Remoção de inventariante – Recurso cabível – Fungibilidade recursal. A remoção de inventariante tem feição de decisão interlocutória, desafiando, pois, agravo de instrumento. Desencontros, entretanto, quanto à interpretação do art. 997 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, assim na doutrina como na jurisprudência, de modo a ensejar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Recurso conhecido e provido” (RSTJ 83/194).

Quando discorremos acerca do princípio da unicidade, consignamos que nas hipóteses em que existir um acórdão não unânime proferido no julgamento de um recurso de apelação ou ação rescisória o único recurso capaz de ensejar a reforma da decisão para o fim de prevalecer o voto minoritário é o de embargos infringentes.

Ou seja, diante da regra clara e específica do artigo 530 do Código de Processo Civil, não haveria outra forma de se buscar a reversão da decisão senão por meio dos infringentes. Inexiste no Código vigente qualquer outro dispositivo que estabeleça, de forma diversa do art. 530, um meio de impugnação de um acórdão não-unânime.

Qual seria a dúvida objetiva que justificaria a interposição de outro recurso nas hipóteses de decisões não-unânicas? No nosso, entender o requisito necessário à aplicação do princípio da fungibilidade não se faz presente em sede de embargos infringentes, uma vez que não existe nenhuma lacuna no texto do artigo 530 que possibilitasse uma “segunda” interpretação ou mesmo algum outro dispositivo no Código que possibilitasse o surgimento de alguma dúvida.

Mesmo assim, uma questão tem gerado muita discussão na doutrina e na jurisprudência: seria possível se admitir a interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida quando do julgamento do recurso de agravo. Apesar de o artigo 530 ser claro ao estabelecer que somente se admite os embargos contra acórdão de apelação ou ação rescisória, muitos entendem que se a matéria discutida, por exemplo, em agravo retido estiver relacionado com uma preliminar de mérito, nesse caso, o posicionamento por maioria de votos, viabilizaria a interposição dos infringentes.

Essa questão será abordada com mais vagar em tópico específico no presente trabalho. Contudo, desde já, deixamos consignado que no nosso entender, a possibilidade de interposição de recurso de embargos infringentes contra acórdão não-unânime proferido quando do julgamento do recurso de agravo está diretamente ligada às regras de cabimento do recurso, não se aplicando, nesse caso, o princípio da fungibilidade¹⁰³.

Ao que tudo parece, nos casos em que a divergência é total, não há dúvida que o único recurso cabível seria o de embargos infringentes. Não seria possível a parte vencida interpor recurso especial ou extraordinário e tentar posteriormente buscar a aplicação do princípio da fungibilidade. Isto porque, "os recursos extraordinários possuem uma natureza excepcional, pois a admissibilidade desses recursos não é assegurada simplesmente pelo preenchimento dos pressupostos gerais dos recursos, devendo, especificamente, nessas hipóteses, ser acrescentado um *plus*. O acréscimo ao qual nos referimos são exatamente os requisitos essenciais previstos no texto constitucional, especificamente nos arts. 102, inc. III, e 105, inc. III, da CF/88"¹⁰⁴.

A partir do momento que a divergência entre os julgadores é evidente, não há como se converter o recurso especial em embargos infringentes, determinando-se o seu processamento. Afora não se fazer o requisito necessário para tanto (dúvida ou inexistência de erro grosseiro), isso não seria possível uma vez que o recurso especial é endereçado para o Presidente do Tribunal, ao passo que os embargos infringentes são endereçados ao relator do acórdão embargado.

¹⁰³ Gisele Heloísa Cunha também compartilha desse entendimento (ob. cit. p. 69).

¹⁰⁴ Rodrigues, Fernando Anselmo, Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, São Paulo, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, 1997, p. 181.

Como bem coloca Gisele Heloísa Cunha “o conteúdo e a natureza do pronunciamento são questões fundamentais para a verificação do recurso cabível, mas consignamos que é preciso que, para aquela decisão, haja a possibilidade de cabimento de mais de um recurso. Somente um recurso será possível; porém, a escolha pode ter sido equivocada e daí a aplicação do princípio da fungibilidade”¹⁰⁵. A análise desses fatores é de suma importância para se concluir pela aplicabilidade ou não desse princípio.

Consignamos acima que no caso de embargos infringentes não existiria dúvida capaz de levar a parte recorrente a interpor outro recurso buscando mesmo resultado. No entanto, não podemos desconsiderar casos em que, diante da complexidade da matéria e dos vários tópicos objetos de apreciação, os limites da divergência não resem claros, viabilizando, com isso, a interposição dos embargos infringentes.

Podemos citar como exemplo uma decisão em que o Tribunal, por maioria de votos, nega provimento ao recurso de apelação do réu da ação, confirmando a sentença de procedência. Contudo, apesar de um dos julgadores ter discordado da maioria votante, deixa de consignar em seu voto os limites de sua discordância, limitando-se a consignar que, ao contrário dos outros, dava provimento ao recurso.

Nesse caso, não é possível saber o(s) ponto(s) de discordância, inviabilizando a interposição de plano do recurso de embargos infringentes. Cabe a parte interpor recurso de embargos de declaração, na busca da declaração do voto minoritário (para delimitação do âmbito de devolutividade do recurso), para,

¹⁰⁵ Ob. cit. p. 69.

posteriormente, no prazo de 15 dias contados da intimação desse Acórdão, interpor o recurso de embargos infringentes.

Até aqui, isso não parece ser novidade. Na parte em que abordamos os embargos infringentes no Código vigente consignamos a necessidade dessa delimitação. A parte vencida deve embargar de declaração na busca da delimitação da divergência. Caso persista essa ausência de delimitação (os embargos de declaração são rejeitados), admite-se a interposição dos embargos infringentes baseado em toda a matéria objeto de apreciação pelo Tribunal, seja na apelação, seja na rescisória¹⁰⁶.

No entanto, na hipótese de a parte recorrente não embargar de declaração o acórdão e interpor direto recurso especial, no prazo de 15 dias, seria possível se aplicar o princípio da fungibilidade, processando-se o recurso especial como se fosse embargos infringentes?

O recurso especial apresenta toda uma particularidade, não podendo se alegar que a parte recorrente tinha dúvida acerca do correto recurso a ser interposto. No caso, houve erro grosseiro que inviabiliza o processamento do recurso interposto como se fosse de embargos infringentes.

Assim sendo, não obstante se reconheça que o princípio da fungibilidade ainda tem plena aplicabilidade no nosso sistema recursal, no casos do recurso de embargos infringentes de acórdão não-unânime de apelação ou de ação rescisória não há como se cogitar a aplicabilidade desse princípio, uma vez que não há dúvida acerca do correto meio de impugnar referida decisão.

¹⁰⁶ Esse entendimento não é unânime.

2.5. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

O recurso interposto contra determinada decisão judicial deve ser dialético. Como anteriormente consignado, o recurso deve preencher determinadas formas para ser conhecido e processado (regularidade formal). Deve a parte recorrente demonstrar as razões pelas quais a decisão recorrida deve ser reformada ou anulada.

Depois de recebido o recurso, dá-se início ao seu processamento, abrindo vista à parte contrária para se manifestar no prazo previsto em lei. Necessariamente o recorrido deve ser intimado a se manifestar sobre o recurso interposto, sob pena de violação do princípio constitucional do contraditório.

O recurso interposto deve necessariamente obedecer todas as regras de uma petição inicial, contendo os fundamentos de fato e de direito, e ao final, o pedido de uma nova decisão. Essa explanação feita pelo recorrente na petição de interposição de recurso, juntamente com o requerimento ao final formulado, é de suma importância para delimitação do âmbito de devolutividade recursal. Somente assim é possível se saber qual a matéria devolvida para reexame.

As razões recursais e o pedido de nova decisão são imprescindíveis ao processamento do recurso. Caso a parte recorrente limite-se a peticionar nos autos requerendo o reexame da decisão impugnada, não apresentando efetivamente as razões de sua irresignação, seu recurso será não conhecido¹⁰⁷.

Isto porque, afora não ser possível se delimitar o âmbito de devolutividade do recurso, não haveria como o recorrido impugnar o recurso.

¹⁰⁷ Barbosa Moreira, Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis, p. 170/172.

No caso específico dos embargos infringentes de acórdão não-unânicos, a antiga redação do artigo 531 do Código de Processo Civil revogado gerava muita discussão, uma vez que estabelecia que os embargos deveriam ser deduzidos “por artigos”. Essa imposição gerou muita discussão, sendo quase unanimidade na época que bastava o recorrente expor de maneira clara as razões pelas quais deveria prevalecer o voto minoritário (recurso fundamentado), sendo que a não apresentação em forma de artigos não impedia a apreciação e julgamento do recurso.

Com as alterações introduzidas pela Lei 8950/94, suprimiu-se da redação do artigo 530 a necessidade de dedução por artigos, não havendo uma referência expressa da forma de interposição do recurso de embargos infringentes. Assim, na ausência de disposição expressa, deve ser seguida a regra geral do recurso de apelação: os embargos infringentes devem ser interpostos por petição, acompanhada das razões do inconformismo e do pedido de nova decisão.

3. EMBARGOS: DEFINIÇÃO E CONCEITO

Antes mesmo de analisar as hipóteses de cabimento dos embargos (em sentido amplo), importante se faz uma análise do significado do vocábulo “embargo”.

Rogério Lauria Tucci¹⁰⁸ ensina que o vocábulo embargo, tido como sinônimo, dentre outros, “de embaraço, empacho, obstáculo, deriva do verbo *embargar*, cujo o correspondente no latim baixo parece ser *imbarricare*”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ TUCCI, Rogério Lauria, Curso de Direito Processual Civil, Saraiva, 1989, v. III, p. 276.

¹⁰⁹ Nesse mesmo sentido, podemos destacar as conclusões de Luiz Ambra: “embora a palavra embargos tenha, no direito processual, várias acepções, em todas há uma idéia nuclear, que é a que lhe assinalam os léxicos: estorvar, impedir...” (AMBRA, Luiz Embargos de Terceiro, São Paulo, RT, p.12).

Como bem colocado pelo autor acima referido, o vocábulo “embargo” apresenta-se com diversas acepções, não se limitando, assim, somente aos recursos (embargos infringentes, embargos de declaração e embargos de divergência). O termo muitas vezes é utilizado como meio de obstrução ou embargo de obra nova¹¹⁰; arresto; de defesa do direito, como nos casos de embargos à execução ou embargos de terceiro¹¹¹.

Cândido de Oliveira Filho, em obra dedicada exclusivamente aos embargos, afirma ter encontrado em outras legislações institutos com a mesma feição dos embargos do Direito português, dando como exemplo, a oposição francesa, a *rivocazione italiana* e a *reposición argentina*.

Segundo Moniz Aragão, o recurso de embargos é um remédio tipicamente luso-brasileiro, não existindo similar no Direito comparado. Para ele, em entendimento compartilhado por outros renomados juristas, efetivamente não existe em outra legislação processual um recurso que tenha a finalidade de submeter a causa já decidida a uma nova apreciação. Ao analisar o posicionamento de Cândido de Oliveira Filho, o autor acima citado, demonstra que os institutos invocados não têm nenhuma semelhança com os embargos¹¹².

Existem divergências sobre o momento em que surgiram os embargos e as suas espécies. Marcos Afonso Borges, com precisão, coloca cada um desses

¹¹⁰ No caso, o embargo seria o meio preventivo utilizado pelo proprietário ou possuidor do bem para evitar/impedir a realização de determinada obra.

¹¹¹ Vejamos essas várias acepções na visão de Rogério Lauria Tucci: “a) arresto, ou cautelar de apreensão de bens, assecuratória do resultado de um processo tido como principal, b) obstrução, ou embargo de obra nova, no sentido tradicional e técnico da nunciação de obra nova, c) defesa do direito, em algumas situações processuais, como as relativas aos embargos do executado e aos embargos de terceiro; e, ainda, de, d) recurso, como o de que agora cuidamos, os embargos de divergência, originalmente estatuídos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e mais recentemente tornados difusos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, para alguns, os embargos de declaração” (ob. Cit. p. 326/327)

¹¹² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 108. Nesse mesmo sentido, afastando qualquer semelhança com outros institutos, podemos destacar: José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, op. cit. p. 587; Sérgio Bermudes, *Comentários*, op. cit., p. 181.

posicionamentos, destacando que Mattos Peixoto entendia que no princípio da monarquia eram desconhecidos os embargos ofensivos e modificativos, uma vez que as Ordenações Afonsinas admitiam somente os declaratórios.

Egas Dirceu Moniz de Aragão entendia que nas Ordenações Filipinas os embargos eram admitidos somente no efeito modificativo, restrito à arrematação; e Moacyr Lobo da Costa tinha um posicionamento diverso dos anteriores, vindo, ao final, concluir que as Ordenações Filipinas admitiam os seguintes recursos: embargos declaratórios, embargos modificativos e embargos ofensivos¹¹³.

4. DOS EMBARGOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como anteriormente visto, admitiam-se em Portugal os embargos declaratórios, modificativos e ofensivos. Essas três modalidades foram mantidas no Brasil durante o período colonial.

Pertinente, neste passo, fazer um breve retrospecto dos embargos na nossa legislação. Em razão da emancipação do País em 1822, fez-se necessária a promulgação de leis e códigos que passariam a reger a nova nação. Foi instalada a Assembléia Constituinte e Legislativa do Brasil, convocada para a elaboração da Constituição e das leis ordinária. Elaborou-se um projeto de lei, com o fito de declarar quais leis, decretos, regulamentos e alvarás continuariam a vigorar e quais não.

Pouco tempo depois, esse projeto foi convertido em Lei (Lei 20.10.1823), restando determinado que fossem mantidas em pleno vigor as leis

¹¹³ Os embargos declaratórios tinham como objetivo atacar as palavras escusas inseridas no corpo da decisão. Os embargos modificativos tinham como objetivo “alegar, depois da sentença definitiva, a exceção de compensação e outras de semelhante natureza e qualidade”. Por fim, os embargos ofensivos “eram restritos àquelas matérias que constituem objeto de exceções peremptórias e por rigor de direito tolhem a ação principal, como sentença, transação, juramento, pagamento, quitação, prescrição e outras semelhantes”.

portuguesas promulgadas até 25.04.1821. Com isso, continuaram a vigorar as Ordenações Filipinas em nosso País, e, conseqüentemente, os embargos nela disciplinados.

Após o advento da Lei de 20 de outubro de 1823, considerada a primeira lei eminentemente processual, foi o Regulamento 737, de 25.11.1850. Essa lei recebeu muitas críticas e elogios, tendo não somente disciplinado os embargos declarativos e de restituição de menores à sentença de primeiro grau, mas também os modificativos e os de restituição de segundo grau.

A Consolidação das Leis do Processo Civil, conhecida como Consolidação de Ribas, tinha força de lei e objetivou reunir num só texto, todas as normas referentes ao processo civil¹¹⁴.

Depois da proclamação da República, adveio o Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, onde se determinou, exceto em algumas hipóteses específicas, a aplicação do Regulamento 737 às causas cíveis em geral.

Logo em seguida, o Decreto 848 de 11 de outubro de 1890 (organizou o Justiça Federal) e o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 08 de agosto de 1891, trouxe algumas alterações com relação aos embargos.

¹¹⁴ Egas Dirceu Moniz de Aragão, em relação essa consolidação, consigna que “foram mantidos os embargos ofensivos, modificativos e declarativos, inaplicáveis, porém, às sentenças proferidas pelos Juizes de paz, em causas de sua competência, e às decisões lavradas nos processos de liquidação de sentença exequenda. A Consolidação admitia de igual os seguintes embargos, em sendo de suspeição ou incompetência, provenientes de fato novo e os de restituição e os declaratórios (arts. 1.500 e 1.503), relativamente às sentenças. Quanto aos acórdãos, dispunham is arts. 1.583 e seguintes, determinando-se o cabimento de segundos embargos apenas de declaração e de restituição. Conservaram-se os embargos do executado, tratados nos arts. 1.339 e 1.364, compreendendo-se entre eles os de nulidade e infringentes de julgado” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 30).

Moniz de Aragão, ao analisar o disposto no decreto 848, de 1890, destaca que esse diploma contempla regras de processo civil e criminal, e, em seus artigos 332 e 336 regularam especificamente os embargos, limitados aos de declaração e de restituição, em primeira instância, no prazo de 10 dias da intimação da sentença.

Ao analisar as introduções feitas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ressaltou que o mesmo compreendia expressamente os embargos cíveis, contra acórdãos, “também restritos aos casos de declaração e restrição (arts. 93 e 94). Seu processamento obedeceria às regras previstas nos arts. 332 a 336 do Decreto n. 848, assim como às que o próprio Regimento Interno fixara para o julgamento das apelações”¹¹⁵.

Pela Constituição Federal de 1891 competia aos Estados-membros legislar sobre processo civil. Alguns Estados-membros, enquanto não fossem aprovados seus códigos, continuaram aplicando as normas do Regulamento 737.

Outros Estados não se utilizaram desse permissivo constitucional, vigorando o Regulamento 737 até o Código de 1939. Os autores que analisaram o tema concordam que quase todos os Códigos Estaduais admitiam embargos contra decisões de primeiro e segundo grau.

¹¹⁵ Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Embargos infringentes*, Saraiva, 2ª ed., SP, p. 42/43. Em relação especificamente às disposições do Decreto nº 848, ensina o autor que da maneira como os artigos 332 e 336 foram lançados, bem como da especificação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal poderia “deduzir-se que só eram embargáveis as decisões de primeiro grau, dos Juízes federais, não sendo os Acórdão da mais alta Corte. Mas ocorrera apenas repetição dos termos do Regulamento n. 737, com a distinção entre os embargos na instância inferior e superior”.

Com a Constituição Federal de 16 de julho de 1934 foi retirada a competência dos Estados-membros legislarem sobre processo civil¹¹⁶. Com isso, foi editada a Lei 319 de 25 de novembro de 1936, onde se admitia expressamente os embargos de nulidade e infringentes do julgado e de declaração contra decisões ou sentenças finais proferidas em apelação cível ou agravo.

No ano de 1937, com a promulgação da nova Constituição (10 de novembro de 1937), onde foi repetida a disposição anterior no sentido de que somente a União podia legislar sobre processo civil, foi baixado o Decreto 6, de 16 de novembro de 1937, regulando os embargos perante o Supremo Tribunal Federal¹¹⁷.

5. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Pela sistemática do Código de 1939, o recurso de apelação era utilizado contra sentença que extinguiu o processo com julgamento de mérito, ao passo que o recurso de agravo de petição era utilizado contra sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito (decisão terminativa). Pelas disposições então vigentes, o recurso de embargos infringentes somente seria admitido em caso de julgamento por maioria de votos na primeira hipótese acima retratada, ou seja, quando do julgamento do mérito da questão, em sede recursal, via apelação¹¹⁸.

Tão logo entrou em vigor o Código de 1939, a redação dada aos dispositivos que faziam menção aos embargos infringentes gerou muita discussão. Isto porque, o artigo 808, inciso II, do CPC/39 se referia a “embargos de nulidade ou

¹¹⁶ “Art. 5º. Compete privativamente à União: (...) XIX – legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”

¹¹⁷ Esses embargos regulados pelo Decreto nº 6, de 16 de novembro de 1937, apresentam as características dos embargos de divergência previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁸ Não sendo possível, por conta disso, a interposição de infringentes contra decisão proferida no bojo de agravo de petição.

infringentes do julgado”¹¹⁹, ao passo que o artigo 833 e artigo 783, §2º, do mesmo diploma se referia a “embargos de nulidade e infringentes do julgado”¹²⁰.

Parte da doutrina entendia que a intenção do legislador era disciplinar a existência de dois tipos de recurso de embargos. Seabra Fagundes entendia que o primeiro, recurso de embargos de nulidade, visava a invalidação da decisão recorrida em razão de existência de algum vício no processo, e o segundo, recurso de embargos infringentes, visava a reforma total ou parcial da decisão recorrida “*por injustiça na aplicação do direito substancial*”¹²¹.

Nesse mesmo sentido, podemos destacar o posicionamento adotado por Pontes de Miranda, para quem os embargos de nulidade e os embargos infringentes “*contém dois recursos*”, ou seja, no caso dos embargos de nulidade trata-se da “inadequada apreciação da validade do processo por parte da sentença” e no caso dos embargos infringentes trata-se de “julgamento injusto do assunto que é o seu objeto”¹²².

Para José Frederico Marques os pressupostos dos embargos de nulidade seriam os mesmos dos embargos infringentes, sendo que a distinção entre ambos era que os primeiros (de nulidade) tinham como objeto reformar questões processuais e os segundos (infringentes) tinham como objeto reformar questões de mérito¹²³.

¹¹⁹ Grifou-se.

¹²⁰ Grifou-se.

¹²¹ FAGUNDES, Seabra, *Dos Recursos Ordinários em matéria Civil*, Rio, Forense, 1946, p. 378. Para esse autor, a diferenciação feita era proposital e acertada: “percebe-se a intenção do legislador de prevenir a chicana que, à sombra de texto onde se não referisse essa espécie de embargo, sustentasse a sua abolição, pois a tanto se prestaria a tradicional diferenciação dos embargos de nulidade, como meio de embargar o acórdão por questões processuais, e dos embargos infringentes, como meio de impugná-los, sob o aspecto de mérito”

¹²² Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo 5, p. 160.

¹²³ MARQUES, José Frederico, *Instituições do direito processual civil*, v. 4, p. 256/257.

Outros entendiam que não existia esse desmembramento. Moniz Aragão discordou veementemente do posicionamento adotado pelos autores acima referidos, entendendo que a intenção do legislador não foi disciplinar dois tipos de recursos de embargos, “mas um único, com o fim de substituir a sentença recorrida por outra, menos gravosa possível”. Para ele a expressão embargos infringentes e/ou de nulidade era um erro provocado pela “transposição de um erro existente no direito anterior”¹²⁴, ou seja, somente houve uma reprodução do que estabelecia o Regulamento nº 737¹²⁵.

Esse posicionamento veio a ser compartilhado por Marcos Afonso Borges que, depois de reformular seu entendimento inicial, escreveu que não havia nada “que justifique entender-se como de nulidade, quando impugnarem questões processuais, e infringentes, quando visarem à reforma do *meritum causae*”¹²⁶.

O Código de Processo Civil de 1939, que antecedeu o diploma legal atualmente vigente, estabelecia as hipóteses em que os embargos de nulidade e infringente eram admitidos: a) nas causas de alçada (artigo 839 do Código/39)¹²⁷; b) contra decisões não unânimes proferidas em julgamento de recurso de apelação, em ação rescisória e mandado de segurança (artigo 833 do Código/39)¹²⁸; c) contra Acórdãos do Supremo Tribunal Federal (artigo 783, §2º e artigo 833, parágrafo único, ambos do Código/39)¹²⁹.

¹²⁴ Para Barbosa Moreira essa conclusão é correta (ob. cit. p. 508, nota 3)

¹²⁵ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 94. Segundo o doutrinador se “falasse o legislador apenas em embargos, suprimindo o restante da locução, e teria alcançado melhor resultado, resultado mais preciso do que tentando qualificá-lo de nulidade e infringentes ou apenas infringentes”.

¹²⁶ Marcos Afonso Borges, *Embargos infringentes*, Ed. AB, 3ª Ed., p. 45

¹²⁷ “Art. 839. Das sentenças de primeira instância proferidas nas ações de valor igual ou inferior a duas vezes o salário mínimo vigente nas capitais respectivas dos Territórios e Estados só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração. §1º. Os embargos de nulidade ou infringentes do julgado, instruídos ou não com documentos novos, serão deduzidos nos cinco (5) dias seguintes à data da sentença, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada”.

¹²⁸ “Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, §2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença”

¹²⁹ O artigo 783, §2º, do Código de Processo Civil de 1939 estabelecia que dos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal somente seriam admitidos recursos de embargos declaratórios ou de nulidade e infringente.

Apesar de no presente estudo se dar um enfoque mais aprofundado às hipóteses de interposição de recurso de embargos infringentes contra sentenças proferidas em julgamento de apelação e ação rescisória, entendemos ser pertinente fazer uma sucinta análise das outras hipóteses em que se admitiam os embargos.

Em relação à primeira hipótese (embargos nas causas de alçada), como bem coloca Marcos Afonso Borges, a doutrina se posicionou totalmente contrária a essa orientação “por vislumbrarem neste dispositivo uma ampliação dos poderes do Juiz e uma violação do princípio do duplo grau de jurisdição, porque em tais hipótese o recurso não tinha a oportunidade de ser reexaminado pelo Tribunal de Justiça”¹³⁰⁻¹³¹.

Isto porque, pela redação dada a esse dispositivo, em face das sentenças de primeiro grau proferidas em ações de valor igual ou inferior a duas vezes o salário mínimo, somente seriam admitidos embargos de nulidade ou infringente e de declaração. Nesses casos, o próprio Juiz de primeiro grau que havia sentenciado o processo tinha competência para decidir os embargos de nulidade e infringente interpostos. Não era admitido nessa hipótese, portanto, qualquer outro recurso que visasse a reforma da decisão monocrática.

¹³⁰ Ob. cit. p. 45

¹³¹ Dentre vários doutrinadores, podemos destacar o posicionamento de José Manoel de Arruda Alvim Netto que, ao analisar a possibilidade de interposição de embargos de nulidade ou infringentes nas causas de alçada, ponderou que “se o Juiz já decidiu de uma forma, tudo indica que conhecerá do recurso interposto, mas certamente manterá sua decisão. Não é possível desconhecer que o Juiz – como todos nós – uma vez que firmemos, séria e fundamentadamente, uma opinião, dificilmente a modificaremos. Verifica-se, pois, que, sob esse aspecto, coloca-se o presente recurso como praticamente inócuo” (RT 449:11). No mesmo sentido, podemos destacar o posicionamento de José Frederico Marques “Não nos parece louvável tal norma, visto que dá ao Juiz de primeira instância um arbítrio desmensurado e incontrolável, o que, em nosso sistema de juízos monocráticos ou magistrado único, nada tem de aconselhável” (José Frederico Marques, Instituições, p. 265/266. Há que se destacar ainda que o entendimento predominante na doutrina era de que a restrição imposta pelo artigo 839 do CPC/39 era aplicável somente aos processos preparatórios, preventivos e incidentes, não sendo aplicado às ações falimentares e às ações de acidente de trabalho.

Afora as críticas referidas, surgiram alguns problemas com relação à interpretação desse dispositivo: qual a base do salário mínimo (propositura a ação ou prolação da sentença)? Como se deveria proceder em casos que tivessem cumulação de pedidos? A regra deveria ser aplicada às decisões proferidas em ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas?

No que tange ao questionamento da base do salário mínimo que deveria ser tomado como referência, ou seja, se o vigente no momento da propositura da ação ou o vigente no momento da prolação da sentença, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que deveria prevalecer a primeira hipótese¹³².

Quanto à cumulação dos pedidos, em razão de existir um dispositivo no Código que estabelecia que havendo cumulação de pedidos o valor da causa seria correspondente a todos eles, admitia-se a possibilidade de interposição de recurso de apelação, não obstante um dos pedidos tivesse valor igual ou inferior ao salário mínimo¹³³.

Por fim, com relação ao recurso que deve ser interposto contra sentenças proferidas em ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas, deve-se considerar o disposto no artigo 140, §2º, do Código de Processo Civil de 1939 (introduzido pelo Decreto-lei nº 4565, de 11 de agosto de 1942)¹³⁴. Marcos Afonso Borges escreveu que o disposto nesse artigo 140, §2º, do CPC/39, exclui a exceção estabelecida pelo artigo

¹³² “Súmula 502. Na aplicação do art. 839 do Código de Processo Civil, com redação da Lei n. 4290, de 5 de dezembro de 1962, a relação do valor da causa e o salário mínimo vigente na Capital do Estado, ou do Território, para efeito de alçada, deve ser considerada na data do ajuizamento do pedido”.

¹³³ Para Sergio Bermudes, ainda que cada pedido formulado fosse inferior ao limite legal, seria cabível recurso de apelação nos casos em que a soma dos valores de todos os pedidos estiver acima daquele limite fixado no texto legal (Sergio Bermudes, Curso, p. 117).

¹³⁴ O artigo 140, §2º, do CPC/39 estabelecia que cabe sempre apelação voluntária para a superior instância, qualquer que seja o valor dado à causa.

839 do mesmo diploma legal as ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas¹³⁵.

O prazo para interposição desses embargos era de 5 (cinco) dias contados da leitura ou intimação da sentença. O embargante, no ato de interposição do recurso, poderia anexar aos autos documentos novos. Depois de recebido o recurso¹³⁶, o mesmo era processado, intimando-se a parte contrária a se manifestar também no prazo de 5 (cinco) dias. Na hipótese de serem juntados documentos novos, o Juiz intimaria a parte a se manifestar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Depois disso, os autos eram enviados para a conclusão a fim de que o Juiz rejeitasse os embargos ou reformasse a sentença. Da decisão que viesse a ser tomada pelo Julgador, caberia embargos de declaração e recurso extraordinário. Esse último, em face das alterações ocorridas posteriormente, deixou de ser admitido em causas de alçada¹³⁷, ou seja, da decisão que rejeitasse os embargos ou reformasse a sentença caberiam somente embargos declaratórios.

Em relação à segunda hipótese (embargos contra decisões não unânimes proferidas em julgamento de recurso de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança), algumas mudanças ocorreram na redação do artigo 833. Os embargos de nulidade e infringentes, pela redação primitiva, somente eram admitidos nos casos em que tivesse havido reforma da decisão de primeiro grau. Nos casos em que o

¹³⁵ O mesmo autor faz referência ao posicionamento adotado por João Claudino de Oliveira e Sergio Bermudes.

¹³⁶ No efeito suspensivo e devolutivo

¹³⁷ A alteração do inciso III, do artigo 114 da Constituição de 1967 e do artigo 119, III, da Consituição de 1969, deixou de ser admitida a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisão que rejeitasse os embargos ou reformasse a sentença nos casos de alçada.

Tribunal, por maioria de votos, confirmasse a decisão monocrática (vencido um dos julgadores), não eram admitidos os embargos¹³⁸.

Posteriormente, a redação do artigo 833 veio a ser alterada, admitindo-se, assim, de maneira ampla, a possibilidade de interposição de recurso de embargos de nulidade e infringentes em face de decisão não unânime proferida quando do julgamento de recurso de apelação, ação rescisória e mandado de segurança¹³⁹.

Essa nova redação dada ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939 perdurou até o advento do diploma atualmente vigente. Com essa nova redação, tal como ocorre atualmente, os embargos infringentes não ficaram limitados somente aos casos de reforma da decisão, mas também aos casos em que a maioria votante confirma a decisão de primeiro grau. E não foi só isso. Ampliaram-se as hipóteses de cabimento de embargos infringentes, inserindo nesse rol as decisões proferidas em ações rescisórias e mandado de segurança¹⁴⁰.

Na vigência do Código de 1939, tal como ocorre atualmente, existia um pressuposto básico para o cabimento do recurso de embargos infringentes, qual seja, existência de um voto vencido, devendo a decisão da turma quando do apelação ou rescisória não ser unânime.

¹³⁸ “Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, §2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença”

¹³⁹ “Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, §2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em Ação Rescisória e em Mandado de Segurança. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência” (nova redação dada pelo Decreto-Lei 8570, de 8 de janeiro de 1946)

¹⁴⁰ Com a edição da Lei 1533, de 31 de dezembro de 1951 (posterior à edição do Código de 1939 e suas alterações), surgiu muita discussão acerca do cabimento dos embargos infringentes contra decisões não unânimes proferidas quando do julgamento do mandado de segurança, isto porque, na lei específica do mandado de segurança não se fazia qualquer referência à possibilidade de interposição desse recurso. Existe, no entanto, entendimento em sentido contrário. Essa questão será melhor analisada mais adiante, em tópico específico.

O artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939, com redação dada pelo Decreto 8570/46, delimitava claramente as hipóteses em que seria admitido o recurso: os embargos infringentes estariam limitados à matéria objeto de divergência. Outro ponto importante a se considerar é que, de forma clara e expressa, o legislador delimitou o cabimento dos embargos às decisões não unânimes proferidas em grau de apelação, não fazendo qualquer referência às decisões não unânimes proferidas em agravo de instrumento ou de petição (que à época ainda existia).

Pontes de Miranda, à luz do disposto no artigo 833 do CPC/39, concluiu que “não há embargos de nulidade e infringentes do julgado oponíveis em decisões em agravos, quaisquer que sejam”¹⁴¹.

Outro ponto que trouxe muita discussão naquela época, e que atualmente também é discutido no diploma atualmente vigente, diz respeito ao recurso de agravo que deve ser apreciado preliminarmente, quando do julgamento do recurso de apelação.

Alguns entendiam que pelo fato de o agravo e a apelação serem julgados num único momento, caso existisse voto divergente na matéria objeto de agravo retido, seriam admitidos embargos infringentes. Outros entendiam que, não obstante o julgamento se desse de uma só vez (agravo e apelação), não seria possível interpor embargos infringentes de decisão não unânime do agravo, uma vez que apesar desse recurso ter sido julgado como preliminar de apelação, é um recurso autônomo e independente, interposto contra uma decisão interlocutória proferida no curso do processo em primeiro grau¹⁴².

¹⁴¹ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo 5, p. 173

¹⁴² Pontes de Miranda, com clareza, afasta a possibilidade de interposição de embargos infringentes em agravo apreciado preliminarmente à apelação, sob o seguinte argumento: “A tese de que o julgamento do agravo no auto do processo é parte integrante do julgamento da apelação, e havendo divergência somente quando

O Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 814 e 815, estabelecia que as partes, o Ministério Público e o terceiro prejudicado poderiam interpor recurso de embargos infringentes. Moniz Aragão, ao analisar a legitimidade para interposição dos embargos, inclui nesse rol também que havia sido revel, ou ainda, por algum motivo, não tenha integrado a lide¹⁴³.

Os embargos infringentes deveriam ser opostos no prazo de 10 (dez) dias contados da publicação do acórdão no Diário Oficial (art. 834). Deveria o recorrente deduzir o recurso por artigos, expondo de maneira clara as razões pelas quais deveria prevalecer o voto minoritário. Marcos Afonso Borges pondera que “a não-apresentação em forma de artigos não impedia a apreciação e julgamento do recurso, desde que devidamente fundamentado”¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

A juntada de documento novo era admitida, desde que, a parte contrária tivesse oportunidade de se manifestar sobre o mesmo.

àquele, cabem embargos é falsa: o agravo no auto do processo é recurso autônomo” (Comentários de Processo Civil, tomo 5, p. 180).

¹⁴³ Gisele Heloísa Cunha, ao analisar a inclusão feita por Moniz Aragão, no nosso entender, com acerto, ponderar que “a questão do revel já está contida na hipótese de legitimação das partes, pela simples razão de que o revel é parte: foi citado” (Gisele Heloísa Cunha, Embargos Infringentes, São Paulo, RT, 1993, p. 28)

¹⁴⁴ Ob. cit. P. 57.

¹⁴⁵ Até então, parecia ser essa a correta interpretação ao artigo. Com a remodelação dos artigos 531 e 532 do Código de Processo Civil pela Lei 8950/94, dúvida não existe mais sobre a forma de interposição dos embargos. Cândido Rangel Dinamarco, em comentários às alterações dos dispositivos do Código que rezam sobre os embargos infringentes, pondera que “visou a dar-lhes redação mais simples clara e técnica, pouco alterando de substancial como se dirá (...). Ao transpor essa regra de competência para o art. 531, o legislador de 1994 esvaziou este da exigência, que formalmente expressava, de que os embargos infringentes fossem deduzidos por artigos. Nessa locução clássica do direito processual brasileiro residia a indicação de que as razões dos embargos infringentes deveriam trazer os fundamentos críticos pelos quais o acórdão majoritário era impugnado, seguidos do pedido de sua reforma. Não se exigiam articulados formalmente deduzidos em itens estanques. A exigência era substancial e prendia-se à idéia geral de que todo pedido em juízo há de ser fundamentado ou será inepto” (DINAMARCO, Cândido Rangel, A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 2ª Ed., p. 179). Nelson Nery Jr., ao comentar as alterações de 1994, pondera que “Na redação revogada, o CPC 531 determinava que os embargos infringentes deveriam ser interpostos por artigos, ‘velharia desprezível, vazia de significado’, já criticada no sistema do revogado CPC de 1939. Era praticamente letra morta porque ninguém interpunha esses embargos na forma indicada pela lei, estando de acordo com esse procedimento tanto a doutrina quanto os tribunais” (NERY JUNIOR, Nelson, Atualidades sobre o Processo Civil, São Paulo, RT, 2ª Ed., p. 172)

O recurso de embargos de nulidade e infringentes era dirigido ao relator do Acórdão recorrido, a quem cabia fazer o exame da admissibilidade ou não dos embargos. Da decisão que admitia os embargos e determinava seu processamento, por se tratar de ato ordinatório, não cabia recurso. O momento processual oportuno para o embargado suscitar razões para o não conhecimento ou improvimento dos embargos era exatamente na sua impugnação. No entanto, nos casos em que o relator indeferia de plano o processamento do recurso, cabia recurso de agravo regimental a ser decidido pelo órgão julgador.

Depois de recebido o recurso, o embargante era intimado a providenciar o recolhimento do preparo no prazo de 3 (três) dias (art. 835, §1º). Após esse recolhimento, providenciava-se o sorteio do novo relator que, preferencialmente, recaia em Juiz que não tivesse participado do julgamento anterior.

O prazo para impugnação dos embargos era de 5 (cinco) dias (art. 837), devendo, posteriormente, os autos serem remetidos ao relator (15 dias) e ao revisor (10 dias), e colocado em pauta para julgamento. Nos casos em que houvesse empate no julgamento dos embargos, por força do disposto no artigo 838, prevalecia a decisão embargada¹⁴⁶.

Em relação à terceira hipótese (contra Acórdãos do Supremo Tribunal Federal), cumpre consignar que o Código de Processo Civil de 1939 tratava das hipótese de admissibilidade de recurso de embargos de nulidade e infringentes de decisões do Supremo Tribunal Federal em dois artigos: artigo 783, §2º e artigo 833, parágrafo único¹⁴⁷.

¹⁴⁶ “Havendo empate de votação, prevalecerá a decisão embargada”.

¹⁴⁷ O parágrafo único do artigo 833 (que já havia tido alteração de redação em 1946) foi acrescentado pela Lei 623, de 19 de janeiro de 1949, in verbis: “Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, são

Não obstante existissem dois artigos que se referissem a recurso de decisões do Supremo Tribunal Federal, havia uma diferença entre o disposto em cada um desses artigos. Concordamos com o posicionamento adotado por Marcos Afonso Borges, no sentido de que o artigo 783 estabelecia a forma de julgamento dos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁸, ao passo que o artigo 833 estava relacionado aos casos que eram decididos em grau de recurso¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

Nos casos de demandas de competência originária do Supremo Tribunal Federal não se fazia necessária a existência de divergência. Marcos Afonso Borges, ao analisar essas duas hipóteses, baseado nos ensinamentos de José Frederico Marques, assevera que “os embargos constituíam, na realidade, um sucedâneo do recurso de revista, então admitido pelo diploma processual, perante os tribunais de segundo grau, objetivando a unificação da jurisprudência no âmbito desses”¹⁵¹.

Os embargos, em casos de competência originária do Supremo Tribunal, eram processados na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

embargáveis no Supremo Tribunal Federal as decisões das turmas, quando divergirem entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”.

¹⁴⁸ O artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939 enumerava as causas que eram de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁹ O artigo 546, parágrafo único do CPC/73, na parte específica do Código vigente que dispunha sobre o cabimento do recurso extraordinário, disciplinava os casos em que seriam cabíveis embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal: “Art. 546. O processo e o julgamento do recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal, obedecerão ao que dispuser o respectivo regimento interno. Parágrafo único. Além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário.”

¹⁵⁰ Ocorre, no entanto, que a Lei 8038/90 (Lei dos Recursos) revogou expressamente os artigos 541 a 546 (inclusive). O artigo 29 da Lei 8038/90, restringia o cabimento de embargos de divergência somente aos casos de recurso especial: “Art. 29. É 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”.

¹⁵¹ Ob. cit. P. 61. Pertinente trazer também à colação às conclusões de José Frederico Marques nesse mesmo sentido: “Trata-se de um sucedâneo do recurso de revista. Sabido é que o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu não se estender a seus julgamentos aquele recurso. Somente Castro Nunes e Philadelpho Azevedo esposaram, ali, opinião diversa. O legislador, por isso, com preocupação de ater-se à jurisprudência do Supremo Tribunal, modificou os pressupostos dos embargos para adaptá-los à finalidade que, pela lei geral do processo, são peculiares à revista” (Marques, José Frederico, obp. Cit. P. 276/277).

6. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 – FASE INICIAL, ANTES DAS ALTERAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI 10.352/2001

O recurso de embargos infringentes contra decisões de segundo grau e perante o Supremo Tribunal Federal tinha sido abolido no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, limitando-os somente às causas de alçada¹⁵². Na Exposição de Motivos apresentada pelo Prof. Alfredo Buzaid consignou-se que a supressão dos embargos infringentes nas hipóteses acima referidas objetivava evitar “arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de Justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”.

Após alguns debates, o Projeto do Código de Processo Civil de 1973 manteve os embargos infringentes contra decisões em segundo grau de jurisdição¹⁵³, alterando toda a redação do texto inicialmente apresentado com o Anteprojeto¹⁵⁴. O Projeto do Código de Processo Civil foi convertido na Lei 5869, sancionada em 11 janeiro de 1973 e que passou a vigorar a partir de 01 de janeiro de 1974.

Gisele Heloísa Cunha, em poucas palavras, define os embargos infringentes como sendo “um recurso genuinamente brasileiro. Isto quer dizer que nenhuma outra legislação prevê este recurso (ou mesmo algum outro que a ele se assemelhe)”¹⁵⁵.

¹⁵² Pela redação do artigo 516 do Anteprojeto, somente seriam admitidos embargos infringentes na seguinte hipótese: “Art. 516. Nas causas, cujo valor for igual ou inferior a 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do Juízo, só se admitirão embargos de declaração (art. 504) e infringentes.”

¹⁵³ Rogério Lauria Tucci escreve que “...sua prática mostra-se antagônica à pretendida simplificação procedimental objetivada pelo legislador nacional, com quebra, também no plano recursal, dos perseguidos escopos de economia processual e de celeridade na prestação jurisdicional”. (ob. cit. p. 331)

¹⁵⁴ Jacy de Assis, em trecho transcrito por Marcos Afonso Borges, escreve que “O Anteprojeto suprimia o recurso de embargos infringentes (arts. 544 e 561. O Congresso de Campos de Jordão, por expressiva unanimidade, convenceu o eminente prof. Alfredo Buzaid de que os embargos infringentes não podiam ser suprimidos, mas antes mantidos em todos os processos” (ob. cit., p. 66, nota 6).

¹⁵⁵ Gisele Heloísa Cunha, Embargos Infringentes, São Paulo, RT, 1993, p. 43.

Moniz de Aragão, contrário à inclusão dos embargos infringentes de Acórdãos no Projeto do Código de Processo Civil de 1973, entende que esse recurso somente era viável quando tinha o fim de proporcionar o reexame do feito, “na impossibilidade de o vencido apelar da sentença”, o que não mais se justifica, diante do consagrado princípio do duplo grau de jurisdição. Para esse mesmo autor não se justifica a manutenção desse recurso, uma vez que “nenhuma legislação alienígena adota os embargos, principalmente em Portugal, onde já foi afastado pela sua flagrante impropriedade”¹⁵⁶.

No entanto, esse posicionamento não era compartilhado por todos. Na oportunidade, Costa Carvalho defendia a manutenção dos embargos infringentes, uma vez que se trata de “um recurso útil e necessário, que proporciona, não raro, a reparação de erros graves e de injustiças notórias que, sem ele, prevaleceriam em detrimento das partes litigantes. Mantê-lo é medida acertada, que se impõe”¹⁵⁷.

Antes da modificação imposta pela Lei 10.352/2001, o recurso de embargos infringentes era interposto, no prazo de 15 dias, contra decisão proferida em sede de apelação ou rescisória, bastando para tanto a existência de um voto vencido. Irrelevante, na oportunidade, a reforma ou anulação da decisão; a existência de uma decisão de mérito ou não, sendo suficiente a existência de um voto minoritário. No caso da ação rescisória, pouco importava a procedência ou improcedência; a divergência no juízo rescisório ou no juízo rescindendo, sendo suficiente a existência de um voto minoritário.

¹⁵⁶ Ob. cit. p. 82.

¹⁵⁷ Código de Processo Civil, v. 1, tomo 2, p. 911. Sergio Bermudes também acompanha esse posicionamento.

Caso a decisão contivesse uma parte unânime, o recurso especial e/ou extraordinário era interposto na mesma oportunidade dos embargos infringentes. Por conta disso, inicialmente, processava-se os embargos infringentes, ficando os demais recursos sobrestados até definição dos infringentes.

Em determinadas situações, a interposição dos embargos infringentes era condição até mesmo de admissão dos recursos extraordinários (especial e o extraordinário propriamente dito). A Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸ há tempo sinalizou para a necessidade de esgotamento das vias ordinárias para utilização da via especial, tendo o Superior Tribunal de Justiça sumulado entendimento mais direto quanto à necessidade de interposição dos infringentes¹⁵⁹.

A admissão do recurso se dava de imediato, com pronunciamento, de plano do relator. Em caso de inadmissão, cabível o recurso de agravo interno no prazo de 5 dias (art. 532 do Código de Processo Civil). Uma vez admitido o recurso, proceder-se-ia ao sorteio do relator, devendo a escolha, quando possível, recair em juiz que não tivesse participado do julgamento da apelação ou da rescisória (art. 533 do Código de Processo Civil).

Com o relator designado, o embargado era intimado a apresentar suas contra-razões no prazo de 15 dias. Com o término do ciclo de manifestações, os autos eram encaminhados para o relator que, caso mantido o posicionamento inicial quando ao processamento do recurso, elaborava seu voto e encaminhava para o revisor, sendo, na seqüência, o recurso encaminhado para julgamento, com ampla apreciação da questão pelo órgão colegiado.

¹⁵⁸ Súmula 281: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

¹⁵⁹ Súmula 207: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem”

Essas eram as condições para cabimento/processamento dos infringentes até o início do ano de 2002, quando passaram a vigorar as novas regras.

7. DA SUBSISTÊNCIA DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO NOSSO SISTEMA RECURSAL - REGRA ATUAL DE CABIMENTO DOS INFRINGENTES

Como abordado no início do presente trabalho, nos dias de hoje, não há correspondente no direito comparado¹⁶⁰ ao nosso recurso de embargos infringentes¹⁶¹⁻¹⁶². Quando de sua criação, apresentava-se com alguns traços do pedido de reconsideração do direito português¹⁶³, onde se buscava a retratação do prolator da decisão, tendo, no decorrer dos últimos tempos, sofrido significativas alterações com objetivo de atualizar o recurso à realidade brasileira¹⁶⁴.

Por conta da particularidade do objeto e da forma de processamento, os embargos infringentes sempre foram (e são) muito criticados por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência. No entender desses críticos, no sistema atual, não se justifica a manutenção de um recurso ultrapassado que tem como objetivo único a reapreciação, pelo próprio Tribunal, de algo que já foi decidido pela maioria julgadora.

¹⁶⁰ Não existe no direito romano ou mesmo no direito germânico qualquer instituto que possa se identificar com os embargos infringentes.

¹⁶¹ “Inicialmente, cumpre salientar que o regramento do recurso de embargos infringentes (arts. 530 a 538, CPC) não mantém qualquer similitude com outros ordenamentos, sendo produto genuinamente nacional, embora possamos encontrar laivos de sua origem nos “pedidos de reconsideração” do direito português, que, aliás, nem os prevê mais na atualidade”. (SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 497).

¹⁶² “É tipo recursal genuinamente brasileiro, não previsto em qualquer outra legislação”. (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 167)

¹⁶³ O recurso de embargos infringentes deixou de existir no direito português com a edição do CPC de 1939. Nas alterações que ocorreram a partir de 1961 até 1996 nenhuma nova menção se fez ao instituto.

¹⁶⁴ Os embargos infringentes têm característica de pedido de reconsideração na medida em que busca uma nova decisão perante o mesmo órgão julgador. Na opinião de Barbosa Moreira os embargos têm “colorido de retratação” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 536).

As constantes alterações do Código de Processo Civil¹⁶⁵⁻¹⁶⁶⁻¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ têm dado fôlego a essas críticas, uma vez que em paralelo à tentativa de agilizar a prestação da tutela jurisdicional, com limitações de recursos e maiores atribuições aos Juízes (tanto em primeiro grau, nos casos do disposto no artigo 285-A, quanto nos Tribunais, nos casos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil), a mais relevante mudança se deu com a edição da Lei nº 10.352/2001 onde, ao contrário do que muitos esperavam, os embargos infringentes foram mantidos com a imposição de algumas limitações ao cabimento¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

¹⁶⁵ O Anteprojeto Buzaid (código atual) excluía os embargos de nulidade e infringentes, com exceção dos casos de recurso cabível contra decisões proferidas nas “causas de alçada”. No CPC de 1939, existia a previsão de cabimento dos embargos de nulidade e embargos infringentes, prevalecendo no CPC de 1973 somente o último. Na Exposição de Motivos restava consignado: “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão” (Alfredo Buzaid, *Anteprojeto de Cód. de Proc. Civil*, item 35 da Exposição de Motivos, p. 36). A sugestão, na oportunidade, foi mantida pela Comissão Revisora. No entanto, no projeto definitivo o recurso reapareceu sem qualquer justificativa à alteração na versão final.

¹⁶⁶ A primeira grande reforma do CPC se deu em 1994, com a edição da Lei 8950/94. Naquela oportunidade, com a criação da nova modalidade de agravo de instrumento, muitos achavam que seria o momento para extirpar, de vez, os embargos infringentes do CPC. Todavia, nenhuma alteração substancial foi feita ao art. 530, modificando-se somente o prazo para se insurgir contra decisão do Relator que não admitia o recurso (art. 531 a 533). Nas reformas realizadas no início do século 20, alterou-se significativamente a regra de cabimento dos embargos, o que fora de dúvida, foi de grande valia.

¹⁶⁷ Segundo Barbosa Moreira “O Título X do Livro I vem constituindo um dos alvos prediletos das iniciativas inovadoras reformadoras. Em menos da metade dos dispositivos aí contidos subsiste a redação originária; e, dentre os outros, não são poucos os que já passaram por mais de uma alteração. Acrescente-se que, como no caso do agravo de instrumento, a mudança foi às vezes mais radical que a operada na disciplina dos embargos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 523)

¹⁶⁸ Para Flávio Cheim Jorge “As críticas a respeito da permanência dos embargos infringentes em nosso sistema recursal encontram-se fundamentadas em motivos históricos, no prolongamento ainda maior do processo e no excesso de recursos” (JORGE, Flávio Cheim, *A Nova Reforma Processual*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 184).

¹⁶⁹ Num primeiro momento, como acima consignado, o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, suprimia o recurso de embargos infringentes, tornando irrecurável, perante o próprio Tribunal, a decisão colegiada (nesse caso, somente seria possível a alteração em caso de acolhimento de recurso de embargos de declaração, com caráter infringente). No entanto, depois de algumas críticas dos mais conservadores, Alfredo Buzaid fez as reformulações necessárias, editando o CPC de 1973 com o recurso de embargos infringentes (nessa nova edição, foram feitas as adaptações necessárias que geravam inúmeras críticas durante a vigência do CPC de 1939). Para Barbosa Moreira “essa manutenção foi de certo modo surpreendente” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 521).

¹⁷⁰ José Rogério Cruz e Tucci, em análise da evolução história do instituto, pondera: “Preferindo prestigiar o velho instituto de origem lusitana – e sem qualquer justificativa plausível -, foi ele reinserido no Projeto definitivo durante a tramitação legislativa” (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed., São Paulo: RT, 2002, p. 122).

Antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil já existia uma forte pressão no sentido de abolir, de vez, o recurso de embargos infringentes. Pedro Batista Martins já consignava que o recurso de embargos infringentes, por conta do ultrapassado conceito, sequer adotado em outras legislações, certamente desapareceria, haja vista se tratar de “*um bis in idem: é o segundo tempo do recurso de apelação*”.¹⁷¹

Araken de Assis faz duras críticas à manutenção do recurso com a última reforma: “O recurso de embargos infringentes não se justifica no presente momento histórico. Já divisara a obsolescência desse remédio inútil o estudo que inspirou a sistemática recursal no CPC vigente (...). Surpreende que tenha sido mantido e, graças à resistência conservadora, reformado (...). Desprovida de rebuscos, a realidade condena os embargos infringentes. Basta averiguar as vicissitudes do seu julgamento. Até o observador mais indiferente e alheio às mazelas do processo em segundo grau, nas peculiaridades brasileiras, notará a repetição mecânica e protocolar das posições anteriormente assumidas”¹⁷².

Já Luiz Guilherme Marinoni é enfático ao afirmar: “Os embargos infringentes são o sinal mais vivo da falta de sensibilidade para necessidade de celeridade da justiça”¹⁷³. Para José Rogério Cruz e Tucci “Insta observar que, na prática, a desmedida procrastinação do procedimento recursal decorrente da interposição dos embargos infringentes abona a tese em prol de sua extinção, sendo certo que, nesse particular, o valor da celeridade deveria se sobrepor ao anseio de justiça da decisão”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Batista Martins, Pedro, *Recursos e processos de competência originária dos tribunais*, Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 238/239.

¹⁷² ASSIS, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 547.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 233.

¹⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed. , São Paulo: RT, 2002, p. 122.

Barbosa Moreira, em recente análise do instituto, alterou seu posicionamento, reconhecendo a pertinência do recurso com as limitações atualmente vigentes: “Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos a conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor da nossa posição. Passamos a preconizar que se mantivesse o recurso, mas se lhe restringisse o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência só no julgamento de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal *confirmado* (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.570, de 8.1.1946. Estas últimas sugestões viriam a ser acolhidas pela Lei nº 10.352”¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

J. E. Carreira Alvim destaca a importância do recurso: “Há quem preconize a extinção dos embargos infringentes, esquecido, porém de que tal recurso constitui meio mais eficaz de uniformizar a jurisprudência, no âmbito dos Tribunais, quando haja divergência de julgamento, que poderiam ser embargados, acabariam por geral, de imediato, recursos especial e/ou extraordinário”¹⁷⁷⁻¹⁷⁸.

¹⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 523.

¹⁷⁶ Em outra passagem dessa obra, depois de algumas considerações acerca das alterações que passaram a vigorar a partir de 2002, afirma-se: “Afigura-nos pouco provável que, pelo menos a curto prazo, se volte a reformar a disciplina do recurso, e menos ainda que se chegue ao ponto de eliminá-lo”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 524).

¹⁷⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 176.

¹⁷⁸ Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier, ao analisarem as alterações do art. 530 e ss. do CPC assim se posicionaram: “A circunstância, pois, de ser praticamente regra geral a de que os tribunais estejam assoberbados de trabalho faz com que haja marcada tendência a que acabe por desaparecer a colegialidade dos julgamentos. Assim, é comum, infelizmente, que, por comodidade ou por pressa, e não por outras razões mais nobres, os demais votantes, em muitos tribunais do nosso país, simplesmente “acompanhem” o relator. (...) Pensamos, por conseguinte, ter agido com equilíbrio o legislador, ao restringir a hipótese de cabimento dos embargos, sem bani-lo da sistemática dos recursos no processo civil brasileiro. Esse ‘movimento’ restritivo, a nosso ver, deve ser levado em conta na interpretação das novas regras”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 136)

Em que pesem as críticas, não há como se deixar de reconhecer a importância dos embargos infringentes no sistema recursal¹⁷⁹. A celeridade processual não pode prevalecer em detrimento da segurança jurídica e da busca da efetiva solução dos litígios.

As limitações ao sistema recursal não podem ser vistas como a única ou mesmo a mais importante saída para a efetiva e imediata prestação da tutela jurisdicional. Pelo que se tem visto das reformas do Código de Processo Civil realizadas na última década, a tendência tem sido sempre no sentido de se tentar agilizar o trâmite do processo com a limitação de meios de impugnação, o que, no nosso entender, não é o remédio adequado¹⁸⁰.

Não se desconhece a morosidade atualmente existente. Contudo, a demora no processamento das ações e na efetivação do resultado final não pode ser imputada, exclusivamente, aos meios constitucionais de defesa¹⁸¹, desconsiderando-se a precária estrutura do Judiciário, que efetivamente deveria ser priorizada.

¹⁷⁹ Marcelo Negri, em aprofundado estudo do tema, depois de um levantamento nos dados estatísticos do Tribunal de Justiça de São Paulo, traz informações bem interessantes. Por exemplo, no biênio 2004/2005, a média de acolhimento dos embargos infringentes (provimento) nas seções de direito público e privado chegou a 24% (vinte e quatro por cento). Doutra lado, no mesmo período, os embargos infringentes representaram 0,3% de todos os recursos submetidos à apreciação do Tribunal. Por esses números, fica demonstrada a pertinência/importância dos infringentes, ao lado do insignificante reflexo na “morosidade” recursal.

¹⁸⁰ Em relação especificamente ao recurso de embargos infringentes, Flávio Cheim Jorge, com pertinência, pondera: “...o exame dos julgados dos nossos tribunais e a quantidade de recursos que neles circulam revela que os embargos infringentes não parecem ter culpa significativa na morosidade dos processos. O número de embargos interpostos, em relação ao bem que proporcionam ao sistema, demonstra que a restrição em seu cabimento deve ser muito bem avaliada. Por isso, concluímos que, se na época da elaboração do Código de Processo Civil de 1939, o “critério da dupla conformidade” tinha uma razão de ser, atualmente não parece possuir tamanha relevância”. (JORGE, Flávio Cheim, *A Nova Reforma Processual*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 186/187).

¹⁸¹ “A Lei nº 10.352, bem se sabe, originou-se de anteprojeto (que veio a converter-se no projeto nº 3.474/2000), da lavra a comissão de juristas constituída em 1991 para sugerir modificações no Código, tendentes a mitigar o problema da morosidade processual. Observe-se ao propósito que no Brasil, quando se alude a tal problema, quase sempre se aponta – com boa dose de exagero, seja dito de passagem – a abundância de recursos como um dos fatores mais importantes, senão o mais importante, para a duração excessiva dos pleitos”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 523/524.

Os embargos infringentes, fora de dúvida, têm uma significativa importância no sistema recursal na medida em que buscam não só uma sedimentação do entendimento no âmbito dos Tribunais, mas também uma melhor e apurada análise da situação de fato/de direito que gerou a divergência. A idéia, por evidente, não é sempre haver um entendimento único sobre determinada questão¹⁸², mas sim, na medida do possível, um entendimento fruto de profunda análise e discussão.

Num contexto histórico, não há como se negar o reflexo importante trazido com os embargos infringentes, tradicional meio de impugnação no âmbito dos Tribunais, onde é possível trazer a questão novamente à discussão (de fato e de direito), dentro dos limites da divergência, na tentativa de se buscar a convergência de opiniões num mesmo sentido.

Como acima consignado, na exposição de motivos do Projeto 3474/2000 mereceu destaque o fato de se tratar de um meio de impugnação tradicional com “bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”. Nas últimas reformas, por conta das pressões, o legislador teve mais de uma oportunidade para extirpar do sistema recursal os infringentes, mas, com cautela e prudência, optou pela modificação e adequação do mesmo.

A unificação do entendimento sobre determinada questão certamente pode ter (e cremos que tem) reflexo direto num menor número de recursos para os

¹⁸² “Busca-se com os embargos infringentes não obter a unanimidade no julgamento, que dificilmente ocorreria (apesar de existir a possibilidade de que os juízes prolores dos votos vencidos mudem seus votos por ocasião do julgamento dos infringentes), mas tão-somente uma nova oportunidade para que a turma julgadora, normalmente composta por mais de dois membros (cinco juízes no caso dos tribunais de São Paulo, pois a questão da formação da turma dos infringentes é matéria pertinente aos regimentos internos de cada tribunal), reaprecie a matéria objeto da divergência e profira nova decisão”. (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 161). Até a edição da EC 45, além do Tribunal de Justiça, o Estado de São Paulo tinha também o Primeiro Tribunal de Alçada Civil e o Segundo Tribunal de Alçada Civil. Com a extinção dos Tribunais de Alçada, toda a antiga estrutura foi incorporada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mantendo-se, em relação aos embargos infringentes, a inexistência de qualquer obrigação de recolhimento do preparo.

Tribunais Superiores, uma vez que pode representar a adequada interpretação da legislação federal ou mesmo do texto constitucional. A existência de divergências no âmbito do próprio Tribunal gera até mesmo uma insegurança jurídica na medida em que os juízes de primeiro grau podem ter sempre mais de uma orientação advinda do órgão superior.

Evidentemente, afora a particularidade fática de cada caso, a existência de um recurso onde se objetiva o prevalecimento do voto divergente (vencido), faz com que as questões sejam analisadas com mais profundidade e cautela¹⁸³, privilegiando-se com isso a segurança jurídica¹⁸⁴.

Não obstante o nosso posicionamento em favor da manutenção do recurso de embargos infringentes no sistema recursal, a redação que vigorou desde a edição do Código de Processo Civil de 1973 carecia de algumas adaptações¹⁸⁵. O modo como o recurso era admitido (sempre cabível quando existente um voto divergente em apelação e ação rescisória), na prática, culminava com a apresentação

¹⁸³ “(...), quando existe divergência na votação, divisa-se um momento de reflexão maior sobre determinado assunto, exigindo maior cuidado em algum detalhe, criando-se, então, um espaço a sofreguidão da rotina invencível dos julgamentos. Também oportuniza a composição das diferenças dentro do colegiado. Vislumbram-se, destarte, motivos para a permanência dos embargos infringentes em nosso sistema recursal”. SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 498.

¹⁸⁴ Para Leonardo José Carneiro da Cunha “O antigo dilema entre a celeridade processual e a segurança jurídica tem mantido os embargos infringentes na sistemática recursal brasileira. Opta-se pela segurança jurídica em detrimento da celeridade processual (...) Exurge louvável a manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal brasileiro, não somente pelo aspecto psicológico como pela segurança jurídica, tal como bem esclarecido por Flávio Cheim Jorge” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 120/121).

¹⁸⁵ Na Exposição de Motivos e no Projeto de Lei 3474 que originou a Lei nº10.352/2001, assim se justificou a manutenção dos embargos com as adequações necessárias: “*Arts. 530 a 534.* No alusivo ao recurso de *embargos infringentes*, a Comissão de Reforma recebeu sugestão das mais díspares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido pela tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Pareceu, no entanto, altamente conveniente reduzir tal recurso (que, ao final, implica em “reiteração” da apelação) aos casos: a) em que o acórdão não unânime tenha *reformado* a sentença; volta-se, destarte, ao sistema previsto originalmente no código processual de 1939. Com efeito, se o acórdão *confirma* a sentença, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, neste caso, mais um recurso ordinário; b) em que a divergência tenha surgido em matéria de *mérito*, não simplesmente em tema processual; c) em que a rescisória tenha sido julgada procedente. Com tais limitações, adequadas a reduzir bastante o número de embargos, o recurso é mantido.”

de uma mera reiteração do recurso anteriormente interposto, com reiteração de argumentos anteriormente deduzidos, trazendo poucos argumentos pertinentes.

Nessa adequação, as sugestões de Barbosa Moreira foram aceitas. Como acima destacado, um dos críticos do instituto, com o passar do tempo, verificou a pertinência do instituto no sistema recursal, sugerindo a adequação em relação à forma de cabimento/processamento, o que veio a ser aceito e culminou com a regra atualmente vigente.

O artigo 530 do Código de Processo Civil, em sua atual redação, dispõe que: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos são restritos à matéria objeto da divergência”¹⁸⁶.

A Lei nº 10.352/2001 trouxe importantes inovações em relação ao recurso de embargos infringentes tanto nas hipóteses de cabimento (restrições), quanto no próprio procedimento junto aos Tribunais. Com essa nova regra, claramente, passou-se a prestigiar as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição na medida em que uma das condições para o cabimento dos infringentes é ter havido, quando do julgamento da apelação, *reforma* da decisão de mérito recorrida. No caso do julgamento da ação rescisória, da mesma forma, passou-se a privilegiar o julgamento

¹⁸⁶ Cândido Rangel Dinamarco, em comentários à reforma do CPC, sintetizou o objeto do novo recurso: “A síntese dessa nova disposição é, na prática, que: a) contra acórdão proferido em apelação, só o *apelado* poderá ter direito aos embargos infringentes e o apelante jamais, não-obstante a divergência de votos; b) contra acórdão proferido em ação rescisória, se o *réu* poderá ter esse direito e nunca o autor. Com a declarada intenção de reprimir a proliferação dos feitos nos tribunais, o legislador restringiu por esse modo da admissibilidade dos embargos infringentes, lastreado em um critério de *probabilidade*: se a maioria votante se pôs ao lado do juiz que proferira a sentença apelada ou do juiz ou juízes responsáveis pela sentença ou pelo acórdão sujeito à ação rescisória, isso significa que por duas vezes o Poder Judiciário decidiu no mesmo sentido, sendo menos provável que todos eles hajam errado. A probabilidade do erro pode ser maior, quando a maioria divergir do prolator ou prolores da sentença ou acórdão posto em apreciação em sede de apelação ou ação rescisória” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 198/199).

do Colegiado, limitando-se o cabimento do recurso aos casos em que há efetiva rescisão do julgado¹⁸⁷.

Ao lado dessas importantes inovações em relação às hipóteses de cabimento do recurso, a interpretação desse novo dispositivo legal tem gerado discussão, com opiniões em mais de um sentido, o que certamente será objeto de muito debate até a uniformização do entendimento dos tribunais¹⁸⁸.

Essa divergência se reflete diretamente em situações do dia a dia. Não há, por exemplo, um consenso sobre a possibilidade de interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão que, por maioria de votos, anula a sentença ou julga a ação extinta sem apreciação do mérito, prevalecendo inclusive um entendimento em sentido contrário.

Numa situação em concreto, a parte corre o risco de interpor o recurso de embargos infringentes e o mesmo não ser admitido. Se optar por outra via, não ingressando com recurso de embargos infringentes, corre o risco de se entender que era imprescindível a interposição daquele¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Marcos Afonso Borges, em artigo dedicado à análise das alterações introduzidas pela Lei 10.352/2001, critica a restrições impostas ao recurso de embargos infringentes: “É evidente que o propósito do legislador foi o de diminuir as hipóteses de interposição do mencionado recurso, e fazendo-o, infringiu o princípio da isonomia, pois exclui o caso de manutenção da sentença e de improcedência da rescisória, mesmo havendo voto divergente. Além do mais, restringe também o cabimento à matéria de mérito, quer dizer, de direito material, afastando, destarte, as questões pertinentes ao devido processo legal, à constituição e desenvolvimento válidos do processo, à defesa e à prova. Tais limitações são, *permissa venia*, inconstitucionais” (*REPRO* 106/185).

¹⁸⁸ “É flagrante que, por força da reforma promovida pela Lei 10.352, de 26.12.2001, ocorreu considerável aumento da complexidade das condições de admissibilidade no que tange à apelação, suscitando questões delicadas e complexas. As reformas parciais e volúveis levadas a cabo no processo civil brasileiro geraram este subprocesso nocivo e de árdua eliminação. Levará algum tempo até que a jurisprudência se consolide, amparando as inúmeras arestas deixadas no assunto pela mão displicente e inconstante do reformador reformista” (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 549)

¹⁸⁹ Aplicável o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (súmula 207) e pelo Supremo Tribunal Federal (súmula 281), onde se condiciona o processamento dos *recursos extraordinários* ao esgotamento dos recursos na via ordinária.

Em caso de recurso inadmissível, a decisão trará reflexos diretos na formação da coisa julgada. Leonardo José Carneiro da Cunha bem coloca que a interposição do recurso, quando não cabíveis, também inviabiliza a interposição de recurso especial e/ou extraordinário, culminando com a “preclusão temporal quanto à interposição dos apelos extremos, cerrando o acesso aos tribunais superiores”¹⁹⁰.

Nesses casos, diante do risco de inadmissão dos infringentes, ou ainda, de não conhecimento do recurso especial/extraordinário em caso de não esgotamento da instância, por cautela, ainda que possa soar estranha a interposição condicionada dos embargos infringentes, parece ser essa a forma cautelosa a ser adotada pela parte recorrente.

Diante desse impasse, a parte não pode ser prejudicada. Se admitidos os embargos infringentes, o recorrente será o maior interessado em reverter a situação que lhe é desfavorável dentro do próprio tribunal, justificando por isso seu interesse, restando prejudicado os recursos especial/extraordinário interpostos. Se inadmitidos, processam-se os recursos *extraordinários*.

Não há como negar que a alteração das regras de cabimento dos infringentes trouxe discussões que jamais foram previstas na elaboração do projeto. A razão de ser da alteração era objetiva e tinha como finalidade acelerar o processamento, não deixando de lado a segurança jurídica e a necessidade de aprofundada da questão no âmbito dos tribunais.

Entretanto, ao que se nota das manifestações sobre o tema, não se conseguiu, por ora, uma unificação do entendimento.

¹⁹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 118.

De forma particular, Cândido Rangel Dinamarco, à luz da nova redação do artigo 530, sustenta que a regra imposta para o cabimento/processamento dos embargos infringentes pode ser considerada “um critério *futebolístico*”, onde o “desempate é feito nessa *prorrogação*, que são tais embargos”¹⁹¹. Ainda para o autor, o legislador, ao manter o recurso, restringindo as hipóteses de cabimento, pautou-se num critério de *probabilidade*, isto porque, se uma decisão judicial é mantida pelo órgão colegiado (apelação e rescisória), está provavelmente afastada a existência de erro¹⁹²⁻¹⁹³.

Pela regra antiga, como já destacado, os embargos infringentes interpostos por qualquer uma das partes eram admitidos sempre que houvesse no julgamento da apelação ou da ação rescisória, um voto divergente, sendo irrelevante a desconformidade entre o acórdão da apelação e a sentença recorrida ou mesmo o acórdão da rescisória e a decisão rescindenda. O recurso, tal como hoje, buscava o prevalecimento do voto vencido, nos limites de sua extensão¹⁹⁴.

Como a condição agora é a *reforma* da sentença ou a *procedência* da rescisória, o critério da *dupla conformidade*, abolido com a reforma do Código de

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 198.

¹⁹² Se a sentença for mantida, por maioria de votos, não se admite a interposição dos infringentes, uma vez que a condição é a alteração do que restou anteriormente decidido. No caso, o apelado pode ser tanto o autor da ação, como o réu. Numa hipótese em que a ação tenha sido julgada parcialmente procedente, com a interposição de recurso por ambas as partes, em caso de divergência, o legitimado a ingressar com os infringentes será aquele que até então tinha uma decisão que lhe era favorável.

¹⁹³ Em caso de sucumbência recíproca no julgamento da apelação, com a reforma da sentença por maioria de votos, fica a possibilidade de o embargado aderir ao recurso da parte contrária nos moldes do artigo 500 do CPC.

¹⁹⁴ Essa condição segue os embargos infringentes desde sua criação. Assim, o recurso de embargos infringentes tem como foco exatamente o que decidiu o julgador vencido no âmbito da divergência em relação aos demais julgadores. Num caso onde existe mais de um pedido (por exemplo, pedido cumulativo), caso a divergência se dê somente em relação a um dos pontos do recurso, no restante não haverá divergência, não sendo possível o recurso de embargos infringentes (por ausência de dissonância nessa parte específica).

Processo Civil de 1973, volta a ser utilizado¹⁹⁵. Com isso, havendo decisões num mesmo sentido, elimina-se a possibilidade dos embargos infringentes¹⁹⁶.

Em relação especificamente à apelação, a restrição foi bem pontual e tem gerado algumas discussões no tocante à abrangência, o que será abordado em tópico específico. Na redação atual do artigo 530 do Código de Processo Civil, o recurso de embargos infringentes só é admitido se a sentença *de mérito* for *reformada*, ou seja, existem duas condições expressas para se admitir o recurso nesses casos.

Nessa primeira análise, descarta-se o recurso de embargos infringentes interposto contra sentença terminativa, de conteúdo exclusivamente processual (artigo 267 do Código de Processo Civil). Nas hipóteses em que a ação foi extinta sem julgamento de mérito, se o posicionamento da Câmara Julgadora, por maioria de votos, for pela anulação da decisão monocrática ou pela reforma da decisão exclusivamente quanto à matéria processual, por exemplo, reconhecendo-se a legitimidade da parte, sem adentrar ao mérito da discussão, não se admite o recurso de embargos para o fim de prevalecer o voto minoritário, devendo a parte se insurgir diretamente para os Tribunais Superiores, se o caso, via recurso especial e/ou recurso extraordinário.

¹⁹⁵ Arruda Alvim, ao comentar as alterações do artigo 530, pondera: “Na modificação referente à hipótese de cabimento dos embargos infringentes, veio a ter relevância o princípio da dupla conformidade, com valorização da sentença de mérito. Isso porque, ainda que havendo voto vencido, se o acórdão majoritário não reformar a decisão de primeiro grau, esse voto vencido passou a ser irrelevante e não cabem embargos infringentes” (ALVIM, José Manoel de Arruda, *Notas sobre algumas mutações verificadas com a Lei 10.352/2001*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 6 série, p. 74).

¹⁹⁶ Se a razão de ser do recurso de embargos infringentes é tentar uma sedimentação do entendimento dos tribunais, com análise mais aprofundada das questões, pode-se concluir que “se o tribunal *ratifica* a sentença de mérito, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, nesse caso, mais um recurso ordinário”. (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 432/433).

Em relação à ação rescisória, a regra antiga do artigo 530 do Código de Processo Civil não fazia distinção sobre a fase que o recorrente deveria tentar fazer prevalecer o voto divergente, nem mesmo o resultado, o que culminava com a admissão dos infringentes tanto da decisão proferida no juízo rescindendo, quanto da decisão proferida no juízo rescisório.

Pela nova disposição, como a condição para admissão/processamentos dos embargos infringentes é a procedência da ação, não sendo viável a interposição do recurso contra decisão que centrou na admissibilidade da ação, mas somente contra a decisão que adentrou ao mérito.

Ao que se nota, pela regra atual, não basta para a admissão dos embargos infringentes a existência de mera divergência na votação, sendo necessário um *plus*, no caso, a *reforma* da decisão de mérito ou a procedência da ação rescisória, por maioria de votos.

Em caso de manutenção da decisão apelada, seja terminativa ou não, ou mesmo, em caso de manutenção da decisão rescindenda, ambos por maioria de votos, incabíveis os embargos infringentes, haja vista faltar nesse caso uma das condições essenciais para processamento. Não será possível ainda a interposição do recurso de embargos infringentes caso a divergência tenha ocorrido em relação à admissão da apelação.

As regras de cabimento dos embargos infringentes se aplicam não só ao procedimento ordinário, mas também ao sumário e ao regido por lei especial, haja vista não existir qualquer limitação, devendo-se analisar caso a caso¹⁹⁷.

¹⁹⁷

Em tópico específico, serão analisadas algumas das principais hipóteses.

Tal com já era o entendimento existente na vigência da redação anterior do artigo 530 do Código de Processo Civil, não existe limitação à matéria exclusivamente de direito, podendo ser objeto do recurso de embargos infringentes divergência em relação à questão fática¹⁹⁸.

Uma outra inovação foi trazida no procedimento do recurso. Antes, o cabimento dos embargos infringentes era aferido de plano pelo relator, para depois se determinar o regular processamento, com intimação da parte contrária. Agora, o juízo de admissibilidade ocorre depois da intimação para manifestação do recorrido.

O processamento/julgamento dos embargos infringentes deverá ser de acordo com as normas previstas no Regimento interno de cada Tribunal (art. 533 do Código de Processo Civil). O Código de Processo Civil, tal como já era a regra desde a edição inicial (1973), não estabeleceu o critério de competência, ficando isso a cargo de cada organização local.

Por evidente, as normas procedimentais constantes dos regimentos internos dos Tribunais devem ser interpretadas em consonância com as normas procedimentais do Código de Processo Civil. O artigo 533 do Código de Processo Civil remete ao regramento interno do Tribunal para processamento/julgamento dos infringentes, o que não obsta, por evidente, a aplicação das normas gerais constantes no diploma processual, consistentes no trâmite de recurso com a publicidade de todos os atos e amplo contraditório.

¹⁹⁸ Nesse sentido, bem coloca Marcelo Negri: “Contudo, a lei não restringe o cabimento dos embargos infringentes à matéria exclusivamente de direito. Tal formulação deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato decididas no acórdão embargado, que é o máximo da pretensão e da força da resistência, dentro dos limites do voto dissidente, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada. Em consonância com o sistema processual, sejam questões fáticas ou de direito, ambas poderão ser objeto de impugnação pela via dos embargos infringentes, desde que sejam objeto de divergência.” (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 98).

Importante destacar não ser possível a interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão, por maioria de votos, proferida em sede de embargos infringentes¹⁹⁹. No caso de qualquer decisão proferida no bojo dos embargos infringentes, afora o cabimento dos embargos de declaração, desde que caracterizada uma das hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil, a parte deve se insurgir com a interposição dos recursos extraordinários na tentativa de reverter a situação perante os Tribunais Superiores.

8. DO PARÂMETRO UTILIZADO PARA AFERIÇÃO DOS LIMITES DA DIVERGÊNCIA

Tanto na regra antiga, quanto na atual, para cabimento dos embargos infringentes, essencial a existência de um voto divergente em favor da parte recorrente. No julgamento do recurso de apelação²⁰⁰ ou mesmo da ação rescisória, por evidente, deve-se atentar à limitação do quanto deduzido, seja no recurso, por conta do efeito devolutivo, seja na ação, por conta do pedido formulado na inicial.

Pela redação atual do artigo 530 do Código de Processo Civil essa divergência deve ter relação com o mérito. No caso específico do recurso de apelação, o voto divergente será, a princípio, em favor do recorrido, ou seja, aquele que até o julgamento do apelo tinha uma decisão favorável em primeiro grau. No caso da ação rescisória, o voto divergente será, a princípio, em favor do réu da ação, ou seja, aquele

¹⁹⁹ No caso, além do não preenchimento dos requisitos formais para cabimento do recurso, diante da ampliação da composição do órgão julgador, a competência de eventual novo recurso seria a mesma, tornando inócuo se insistir numa mesma tese. A admissão, ainda que superado esse óbice, implicaria na “indesejada eternização dos conflitos” (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 103).

²⁰⁰ Em casos excepcionais, onde se tenha analisado uma questão de mérito, admite-se a interposição de embargos infringentes contra decisão não unânime proferida no bojo de agravo de instrumento/agravo retido.

que até o julgamento da rescisória tinha uma decisão (transitada em julgado) favorável²⁰¹.

Com base nessa premissa, necessário ter presente o parâmetro que deve ser utilizado pela parte recorrente para tentar se valer desse voto divergente. O Código de Processo Civil, especificamente no Título X, Capítulo VII, dispõe sobre a ordem dos processos no Tribunal, mas não define a forma para apuração da divergência.

A partir do artigo 547 até o artigo 565 são estabelecidas as normas de tramitação dos feitos/recursos no Tribunal, normas essas que devem ser analisadas em consonância com as disposições internas de cada Tribunal (regimentos internos).

O recurso de embargos infringentes tem atenção especial dedicada pelo artigo 551 do Código de Processo Civil, onde se estabelece a forma de processamento do recurso, com necessário encaminhamento dos autos para o revisor antes da remessa do mesmo à mesa para julgamento. O artigo 553 estabelece a necessidade de encaminhamento prévio do voto do relator para os demais componentes da Câmara/Turma Julgadora. Já o artigo 555 do mesmo diploma legal estabelece a necessidade do julgamento colegiado pelo voto de 3 (três) juízes²⁰²⁻²⁰³.

²⁰¹ No caso da ação rescisória, a composição da Câmara/Turma nem sempre se limita a 3 (três) juízes. Nesse caso, se somente um julgador tiver posição em sentido contrário ao acolhimento da ação rescisória, será suficiente a justificar a interposição do recurso de embargos infringentes.

²⁰² Em caso que se encarta nas hipóteses do artigo 557 do Código de Processo Civil, o Relator poderá negar seguimento, em decisão monocrática, sem encaminhamento do recurso para votação da Câmara/Turma. Contra essa decisão, a parte poderá ingressar com o recurso de agravo previsto no §1º, devendo, ai sim, o julgamento desse incidente se dar pelo órgão colegiado.

²⁰³ A regra geral inserta no CPC deve ser analisada em consonância com o Regimento Interno de cada Tribunal. Existem hipóteses, por exemplo, no julgamento de ação rescisória, que a composição do colegiado não se limite a 3 (três) juízes, tendo cada Tribunal um critério específico no processamento da ação e posterior julgamento..

Apesar da menção ao julgamento colegiado, como visto, o Código de Processo Civil não estabelece a forma ou mesmo o critério que deve ser utilizado para aferição da divergência em casos de embargos infringentes²⁰⁴.

Por conta disso, firmou-se entendimento²⁰⁵ no sentido de que a apuração da divergência se dá pela *conclusão* do voto de cada um dos julgadores, não se levando em conta nessa aferição específica o motivo que conduziu àquela conclusão²⁰⁶⁻²⁰⁷. Ou seja, a fundamentação (razão de decidir) adotada pelo julgador não é suficiente para aferição da divergência, devendo-se a análise do cabimento/âmbito do recurso de embargos infringentes ficar centrada diretamente na *conclusão* do voto²⁰⁸⁻²⁰⁹.

O dissenso pode ter relação direta não só com a questão principal, mas também com a questão acessória, não existindo qualquer distinção ou limitação na regra disposta no *caput* do artigo 530 do Código de Processo Civil. Por isso, se a ação é julgada procedente e, em grau de apelação, mantida a decisão (principal),

²⁰⁴ Marcelo Negri, em estudo dedicado ao recurso de embargos infringentes, destaca: “O fato é que o art. 555 do CPC, ao definir que no julgamento de apelação ou de agravo serão colhidos três votos, pela singeleza dessa disposição, porém, deixa omissa a forma de verificação do voto vencido, causando dificuldades na sua aplicação, sobretudo para auferir-se como seriam computados os votos para a hipótese de cabimento dos embargos infringentes” (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 174).

²⁰⁵ Tanto no âmbito doutrinário, quanto no âmbito jurisprudencial.

²⁰⁶ O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “Processual Civil – Embargos Infringentes – cabimento – Requisitos – Recurso especial. 1. Doutrina e jurisprudência são unânimes no sentido de que, para fins de interposição de Embargos Infringentes, a divergência suscitada deve ser apurada quanto às conclusões do voto vencido, e não a sua fundamentação. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido, para que a Corte local proceda ao exame do mérito dos Infringentes” (RESP 396.994/RN, 5º Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 22.4.2002).

²⁰⁷ “Apura-se o desacordo pela *conclusão* do pronunciamento de cada voto, não pelas *razões* que invoque para fundamentá-lo: a desigualdade de fundamentações não é bastante para tornar embargável o acórdão”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 533)

²⁰⁸ “Deve, ainda, a divergência dizer respeito à conclusão dos votos, ao *decisum* propriamente dito, e não apenas aos fundamentos. Se a conclusão, o decisório, for unânime, ainda que por fundamentos diferentes, não haverá que se falar em divergência capaz de admitir embargos infringentes” (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 163).

²⁰⁹ “Para a configuração do desacordo, basta que qualquer dos membros do órgão julgador emita voto *diferente* dos outros; não é necessário que vote no sentido *oposto*. A divergência pode verificar-se em qualquer dos pontos que se haja de decidir no julgamento (*de meritis*) da apelação ou da rescisória, quer se trate do capítulo principal, quer do capítulo acessório”. (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 432/433).

restringindo-se a divergência da maioria ao índice de correção monetária aplicado na sentença (acessória), se reformada a decisão nessa parte, cabível os embargos infringentes na tentativa de fazer valer o voto vencido que mantinha, também nesse ponto, a decisão recorrida.

Nelson Luiz Pinto destaca a existência de precedente do Superior Tribunal de Justiça exatamente nesse sentido: “Se o voto vencido deu pela integral improcedência da ação, a devolução é total, não ficando restritos os embargos unicamente a essa questão, mas podendo entender-se a todas as questões acessórias com ela relacionadas”²¹⁰.

O interesse recursal daquele que ingressará com os embargos infringentes surge da conclusão (parte dispositiva) que lhe é desfavorável. Por isso, importante a declaração do voto vencido a fim de se verificar com exatidão a extensão da divergência e os limites do recurso a ser interposto.

Por se tratar de um recurso *ordinário*, os embargos infringentes não têm fundamentação vinculada, sendo possível se deduzir no bojo do recurso motivos outros que não aqueles utilizados pelo voto vencido²¹¹. Afora isso, viável ainda a análise das questões de ordem pública, mesmo que não tenha sido objeto de divergência²¹².

²¹⁰ PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 163. No caso, esse julgado se encontra encartado na *RSTJ 76/208*.

²¹¹ “Havendo o voto dissidente, na parte conclusiva, divergido inteiramente dos vencedores, possível, no julgamento dos embargos, reformar-se o decidido, adotando-se razão unanimemente rejeitada ao ser apreciada a apelação” (RESP 81.512/MG). Apesar de esse caso ter sido julgado antes da reforma que limitou a abrangência dos infringentes, o argumento subsiste até os dias de hoje.

²¹² Em relação à questão dessa não vinculação, Marcelo Negri aborda: “Nesse sentido, admitem-se fundamentos diversos entre o voto e a minuta recursal, mas, carreados ambos para o fim, a próprio conclusão do voto, do qual não se pode fugir. Não se poderá alcançar nada mais, salvo hipótese de incidência do efeito translativo. O pedido de reforma será embasado na prevalência do voto vencido.” (NEGRI, Marcelo, *Embargos Infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 199).

Importante ter presente que a devolução total da matéria objeto de divergência não vincula o julgador ao fundamento adotado pelo prolator da decisão recorrida²¹³. Da mesma forma, o recorrente não fica vinculado ao fundamento adotado pela maioria, sendo possível trazer em seu recurso de embargos infringentes outra razão que justifique prevalecer aquela conclusão²¹⁴, desde que relacionada à causa de pedir, devolvendo a questão para análise da Câmara/Turma julgadora.

É bom esclarecer que essa não vinculação toma como referência sempre o que foi decidido nos limites do voto vencido, não se admitindo a introdução de novas questões ou mesmo a ampliação do que foi decidido. O recorrente pode alterar a forma de abordagem da questão até então empregada, mas precisa tentar justificar os demais componentes do órgão julgador que o voto vencido precisa prevalecer naqueles moldes.

Essa devolutividade, como abordado em tópico específico, é inerente ao efeito que o recurso primitivo é processado, onde se viabiliza a reanálise, sem restrições, da questão fruto do posicionamento dissonante²¹⁵.

²¹³ J. E. Carreira Alvim escreve: “Embora, nos embargos infringentes, os limites da devolução sejam aferidos a partir da diferença havida entre a *conclusão* dos votos vencedores e do voto vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, o órgão *ad quem* não fica adstrito às razões invocadas no voto ensejador do recurso, razão pela qual não se exige do recorrente repetição dos argumentos utilizados no voto vencido” ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil: leis n° 10.352, 10.358 e 10.444*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 180. Nelson Luiz Pinto escreve: “Portanto, ao apreciar os embargos infringentes o órgão julgador não fica adstrito à motivação do voto ensejador do recurso, mas à sua conclusão (*RSTJ 46/343*). Não ficam os julgadores dos infringentes limitados às razões do vencido, senão que à extensão deste, podendo, nos limites da divergência, chegar à mesma solução nele preconizada, ainda que por motivação diferente” (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 163).

²¹⁴ Para Nelson Nery Junior “Os embargos infringentes são cabíveis para fazer prevalecer a conclusão estampada no voto vencido, podendo o embargante utilizar-se de outro fundamento além ou diferente daquele constante da declaração de voto vencido” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 438).

²¹⁵ Para Araken de Assis: “Nas raias do efeito devolutivo, admite-se o emprego de quaisquer razões, incluindo as que, no acórdão embargado, não sensibilizaram os integrantes do corpo julgador originário. Do mesmo modo, a confirmação do acórdão embargado pode lastrear-se em quaisquer fundamentos, hajam ou não sido encampados pela antiga maioria”. (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 564).

Num julgamento colegiado existe a possibilidade de todos ou a maioria dos componentes da Câmara/Turma decidirem num mesmo sentido, ainda que por fundamentos totalmente diversos²¹⁶⁻²¹⁷. Por exemplo, quando do julgamento de um recurso de apelação, se dois julgadores mantiverem a sentença de improcedência proferida pelo juiz de primeiro grau, adotando, no entanto, fundamento totalmente diverso daquele utilizado pelo juiz de primeiro grau, o voto do terceiro julgador, ainda que em sentido contrário, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos, não será suficiente a autorizar o cabimento dos embargos infringentes.

Assim, apesar da maioria votante ter divergido da fundamentação adotada na sentença recorrida, na parte dispositiva da decisão (*conclusão*), acolheu-se integralmente a pretensão do autor (não houve divergência em relação ao resultado final), tal como decidido em primeiro grau, não sendo possível nesse caso a interposição dos infringentes²¹⁸.

Em se considerando ainda a situação acima retratada, caso o entendimento da maioria tivesse sido em sentido contrário, reformando a sentença de primeiro grau, pelo mesmo ou por outro fundamento, nesse caso possível a

²¹⁶ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO CAUTELAR E DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGO 530 DO CPC. 1. Os embargos infringentes podem ser acolhidos por outro fundamento desde que a conclusão esteja abrangida dentro dos limites quantitativos do voto divergente. 2. Nos embargos infringentes, os limites da devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e dos vencidos no julgamento da apelação ou da ação rescisória. O órgão ad quem, no entanto, não fica adstrito às razões invocadas no voto ensejador do recurso, razão pela qual não se exige do recorrente a repetição dos argumentos utilizados no voto vencido” (RESP 516.919/SE, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 06.10.03). 3. Recurso especial improvido” (RESP 858.906/RS, DJU 08.11.2006).

²¹⁷ Uma mera discordância em relação à motivação não dá ensejo à interposição do recurso de embargos infringentes. Obrigatoriamente a divergência fica se centrar na conclusão do julgador, pouco importante o fundamento.

²¹⁸ No caso, não houve reforma da decisão, o que é suficiente para afastar o cabimento dos infringentes. Nesse caso, ainda que prevalecesse a regra antiga do 530 do CPC, da mesma forma não caberia o recurso, uma vez que a divergência foi somente na fundamentação. Caso o entendimento tivesse sido no sentido contrário, ou seja, a maioria votante tivesse dado provimento ao recurso, adotando fundamentação diversa da sentença, o recurso de embargos seria viável, delimitando-se a abrangência da divergência, da mesma forma, pela conclusão do voto.

interposição dos embargos infringentes (reforma, por maioria, da decisão de mérito)²¹⁹⁻

220

8.1. DA DIVERGÊNCIA QUANTITATIVA E DA DIVERGÊNCIA QUALITATIVA

O parâmetro da *conclusão* não é suficiente para apuração da divergência. Isto porque, existe a possibilidade da divergência ocorrer em relação à extensão do acolhimento do recurso, onde os julgadores não têm um consenso em relação ao valor (*divergência quantitativa*) ou até mesmo à própria obrigação (*divergência qualitativa*).

Diz-se *quantitativa* porque está relacionada quase sempre a um *quantum* estabelecido na parte dispositiva de cada um dos votos, sendo de fácil percepção sem adentrar a detalhes do julgamento. Pode-se então dizer que a divergência *quantitativa* ocorre quando não há consenso acerca da estipulação do valor de obrigação.

Imaginemos uma ação de indenização proposta pelo autor, objetivando a condenação do réu ao pagamento de uma indenização a título de perdas e danos. A pretensão inicial é inteiramente acolhida pelo Juiz de primeiro grau, fixando-se a indenização em R\$10.000,00. Interposto recurso de apelação, a maioria votante, apesar de reconhecer o direito à indenização, diminui o valor da condenação para R\$5.000,00, posicionamento não compartilhado pelo terceiro julgador que reformava a decisão recorrida em maior extensão para limitar a indenização a R\$1.000,00.

²¹⁹ “Se o voto vencido reputa, em parte, improcedente a demanda, sob **motivação** de inoccorrência de erro substancial, nada obsta que, nos embargos se acolha a mesma **disposição** de improcedência parcial do pedido, agora sob a **motivação**, distinta, de prescrição. Não se vai além do que concede o voto minoritário, nem se transpõe o conseqüente limite legal da extensão possível da impugnação. Apenas se agasalha razão nova, alegável a qualquer tempo, nas instâncias ordinárias, por expressa autorização da lei (art. 162 do Cód. Civil)” (RJTJESP 105/384, p. 385).

²²⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro José Delgado, quando do julgamento do RESP 665.669/RJ, destacou que se verifica a divergência “quando as conclusões sugeridas pelos votos vencedor e vencido são distintas, ainda que as fundamentações sejam as mesmas”. Nesse mesmo sentido, RTJ 115/900, 109/156, 87/476

Apesar do posicionamento unânime quanto à existência do dano efetivo/direito do autor/apelado, confirmando nessa parte a sentença de primeiro grau²²¹, não há como se negar a existência de divergência e o interesse do réu/apelante em fazer prevalecer o voto minoritário na medida em que fixou a indenização num valor correspondente a 10% do que havia sido a condenação imposta na sentença²²²⁻²²³⁻

224

O posicionamento do julgador vencido é diferente²²⁵ dos demais em relação ao valor da indenização, autorizando-se a interposição dos embargos infringentes nos limites dessa divergência. Não será possível o autor/apelado ingressar com recurso de embargos infringentes na tentativa de restabelecer a condenação fixada em primeiro grau, haja vista que houve unanimidade em relação à necessidade de

²²¹ O que inviabiliza a utilização dos embargos infringentes nessa parte específica.

²²² O Superior Tribunal de Justiça, analisando situação similar, deu provimento ao recurso especial, anulando o acórdão recorrido que, de forma equivocada, não havia admitido o processamento dos embargos infringentes pelo fato da divergência do colegiado ter ocorrido em relação ao valor, sendo unânime o reconhecimento do direito à indenização. Tal como no exemplo apresentado, cabível os infringentes se a divergência ocorreu, ainda que em relação ao valor, devendo o recurso ficar focado no *quantum*, não sendo possível atacar o direito à indenização. Na emenda do julgado isso fica bem caracterizado: “1. No pleito em questão, o Tribunal, por maioria, reformou a sentença para majorar a verba indenizatória dos danos morais de 30 para o correspondente a 60 salários mínimos. O recorrente interpôs embargos infringentes objetivando fazer prevalecer o voto minoritário que mantinha o valor fixado na sentença. O Tribunal, também por maioria, não conheceu dos embargos, julgando-os incabíveis, por não haver divergência quanto ao mérito. 2. Em tema de responsabilidade civil, o mérito da causa abarca, além do ato ilícito e do nexo causal, a avaliação quantitativa da extensão do dano sofrido. Reconhecimento da alegada infringência ao art. 530, do CPC. 3. Recurso conhecido e provido a fim de que sejam os autos devolvidos ao Tribunal de origem para que se proceda ao julgamento dos embargos infringentes”. (RESP 852.135/RS, DJ 05.02.2007). Nessa mesma linha, destaca-se o Acórdão proferido quando do julgamento do RESP 904.840/RS, onde se reconheceu a possibilidade de impugnar a matéria acessória em razão do artigo 530 do CPC não fazer qualquer distinção entre principal e acessório.

²²³ Existem decisões em sentido contrário, restringindo os infringentes em casos onde a divergência ficar restrita à matéria acessória (AgRg no Ag 611.112/RS e AgRg no Ag 798.313/PE).

²²⁴ Em orientação equivocada, o TJRJ deixou de admitir o processamento do recurso de embargos infringentes em casos que a divergência se deu em relação somente ao valor da indenização, sob o fundamento de ser imprescindível a divergência em relação ao mérito (questão de fundo) da causa (Embargos infringentes 2007.005.00221).

²²⁵ Barbosa Moreira expõe com clareza que “para a configuração do desacordo, basta que qualquer dos membros do órgão julgador emita voto *diferente* dos outros; não é necessário que vote no sentido *oposto*. A divergência pode verificar-se em qualquer dos pontos sobre que se haja de decidir no julgamento (*de meritis*) da apelação ou da rescisória, quer se trate de do capítulo principal, quer de capítulo acessório” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 534).

diminuição do *quantum* (apesar da quantificação diversa, todos concluíram pela necessidade de diminuição da indenização, a maioria, em menor extensão).

Caso houvesse divergência no *quantum* em relação a cada um dos votos, a solução seria a adoção do voto médio.

A dissidência *qualitativa* é diferente e um pouco mais complexa a sua solução. Nesse caso, a discrepância está na substância da obrigação²²⁶. Se a maioria votante, quando do julgamento da apelação, conclui pela reforma da decisão numa determinada extensão, parecer não haver dúvida que o foco dos infringentes será o voto vencido.

A solução não será a mesma se todos os julgadores divergirem. Nesse caso, a solução não é tão simples quanto nos casos de divergência *quantitativa*. Gisele Heloísa Cunha, em caso de dissidência *qualitativa*, caso não haja um consenso entre os julgadores, destaca que a possibilidade de convocação de novos julgadores para se tentar o desempate²²⁷⁻²²⁸, o que parece-nos ser bem razoável, uma vez que se faz necessária a definição do que efetivamente restou decidido sob pena não só de inviabilizar a interposição de eventual embargos infringentes, mas também de se saber qual é o direito real da parte.

²²⁶ Sérgio Shimura, em hipótese de dissidência *qualitativa*, destaca a complexidade da situação onde “o problema se avulta, sendo o caso de renovar a votação até que o colegiado entre em acordo, sob pena de configurar um *‘desacórdão’*”. Ainda sobre o tema, destaca-se a disposição do Regimento Interno do TJSP (artigo 456) onde se estabelece que em casos de divergência de todos os julgadores quanto à conclusão “*o presidente, cindindo o julgamento, submeterá a matéria por inteiro a nova apreciação*” (SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 512).

²²⁷ O Tribunal de Justiça de São Paulo, nessas situações, em seu artigo 456, disciplina o que deve ser feito: “Se os votos de todos os julgadores forem divergentes quanto à conclusão, o presidente, cindindo o julgamento, *submeterá a matéria por inteiro a nova apreciação*”.

²²⁸ Se mesmo assim, não se chegar à solução, Gisele Heloísa Cunha faz uma sugestão interessante: “Pode, ainda, haver a convocação de outros juízes para que seja possível o desempate e, por último, a realização de novas votações, até que só restem duas soluções, onde será adotada a que tiver maior número de votos” (CUNHA, Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 151)

Para fins de cabimento e processamento dos embargos infringentes, em caso de discordância, imprescindível a apuração do voto médio para delimitação do recurso. Assim, além da *conclusão* do voto, a parte recorrente deve atentar às hipóteses em que a dissidência for *quantitativa* ou *qualitativa*, uma vez que isso terá reflexo direto nas razões que devem ser deduzidas na tentativa de prevalecer o melhor posicionamento.

8.2. DA ANÁLISE DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR NESSA AFERIÇÃO DOS LIMITES DA DIVERGÊNCIA

Para se chegar ao entendimento acima, primeiramente, deve-se ter presente a distinção entre o fundamento da decisão (razões da decisão) e a causa de pedir deduzida na ação proposta. O que é possível se alterar nos embargos infringentes é o motivo que levou ao julgamento da causa em determinado sentido e não a causa de pedir deduzida na inicial.

Se a coisa julgada recai sobre a parte dispositiva da decisão, não recaindo sobre a fundamentação, é de toda lógica a posição apresentada nos parágrafos acima, haja vista que o importante para se aferir o resultado do julgamento é, efetivamente, a conclusão apresentada. O recorrente, por meio dos embargos infringentes, busca fazer prevalecer a conclusão adotada pelo voto vencido, ainda que por outro motivo.

Todavia, quando nos deparamos com situações onde existem vários pedidos ou um pedido com várias causas de pedir, a questão deve ser analisada com mais cautela²²⁹.

²²⁹ Marcelo Negri, em análise prévia do cabimento do recurso de embargos infringentes, pondera: “Todavia, por vezes, não raro, quando há cumulação de causa de pedir, confundem-se a interpretação e a

Numa hipótese em que o pedido deduzido na inicial apresente mais de uma causa de pedir, tendo somente uma delas sido apreciada quando do julgamento da ação/apelação ou da ação rescisória, não é possível a Câmara/Turma Julgadora analisar a outra causa de pedir no bojo dos infringentes. A devolutividade da matéria tem limitações, não se podendo decidir sobre algo que não foi apreciado.

Isso fica claro, por exemplo, num caso em que a parte ingressa com uma ação rescisória fundada em violação à literal disposição de lei e documento novo. Se, quando do julgamento da ação rescisória, por maioria de votos, julga-se procedente a ação com base no documento novo, posicionando-se o julgador vencido em sentido contrário, entendendo não ser caso de admissão da rescisória por não se tratar de documento novo, não é viável a interposição de infringentes fora dos limites dessa causa de pedir (documento novo). Situação diversa ocorrerá quando as duas causas de pedir tenham sido apreciadas, tendo o vencido discordado da maioria nos dois itens, o que, nessa hipótese, será possível o ingresso dos embargos infringentes para cada *causa petendi*.

Em se considerando ainda a hipótese acima, caso as duas causas de pedir tenham sido analisadas, tendo em relação ao documento novo a ação sido julgada procedente, por unanimidade de votos, não será possível a utilização dos infringentes em relação ao segundo fundamento acolhido, por exemplo, por maioria. Isto porque, a ação já obteve unanimidade num tópico, sendo a decisão suficiente à rescisão do julgado, cabendo ao réu tentar reverter a decisão na instância superior²³⁰.

aplicação dos dispositivos do cabimento dos embargos infringentes” (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 175).

²³⁰ “Observe-se, porém, quanto à ação rescisória, que, no caso de acolher-se o pedido de rescisão, bastará a ocorrência de unanimidade quanto a uma das *causae petendi* para excluir a embargabilidade pelo réu vencido” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 534).

Por fim, mas ainda com base nesse mesmo exemplo, se a Câmara/Turma julgadora, por unanimidade de votos, julga a ação procedente com fundamento no documento novo acostado à inicial, e, em relação à violação à literal disposição de lei exista maioria no sentido de acolher o pedido inicial, não será possível a interposição de embargos infringentes, uma vez que em relação a uma das causas de pedir (documento novo) houve votação unânime, suficiente à rescisão do julgado²³¹.

Moreira Alves destaca que no caso do autor cumular ações conexas com o mesmo objeto e causas de pedir diversas deve-se computar “em separado” o voto dos julgadores em relação a cada uma das causas de pedir e “havendo dissídio no concernente a cada uma delas, o acórdão poderá ser embargável”²³²⁻²³³.

Em síntese, o parâmetro utilizado para aferição dos limites da divergência é a *conclusão* do voto e não a *razão/motivação* do mesmo. Não basta, como visto acima, limitar-se à aferição da conclusão para se concluir pela possibilidade ou não de interposição dos infringentes, devendo, ainda, proceder-se à verificação do voto vencido de forma individualizada em relação a cada um dos pedidos ou a cada uma das causas de pedir.

²³¹ Nesse mesmo sentido, destacam-se os posicionamentos de Marcos Afonso Borges e Gisele Heloísa Cunha. Nessa hipótese, não haveria interesse de agir por parte do Réu da rescisória, uma vez que em relação a um dos fundamentos da ação houve unanimidade de votos, suficiente à rescisão do julgado. (BORGES, Marcos Afonso, *Recursos Cíveis*, 2ª ed., Goiânia, ed. AB, p. 37 e CUNHA, Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 148)

²³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 533.

²³³ O artigo 454 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe: “Sempre que o objeto da decisão puder ser decomposto em *questões distintas*, cada uma delas será votada *separadamente*”

8.3. IDENTIFICAÇÃO DO VOTO MÉDIO – SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

A divergência no julgamento da apelação ou da ação rescisória pode ocorrer entre todos os componentes da Câmara/Turma Julgadora, de forma que nenhum dos posicionamentos seja majoritário. Nesse caso, desde que tenha havido reforma da decisão ou decretação da procedência da rescisória, é possível a interposição dos infringentes, adotando-se para tanto uma saída interessante como parâmetro para a divergência *quantitativa*, qual seja, o voto médio²³⁴.

Numa hipótese de provimento do recurso de apelação para reformar a sentença de primeiro grau onde todos os julgadores tenham fixado valores distintos em seus votos, apesar do reconhecimento do direito da parte autora, não há como se negar a divergência em relação ao *quantum*, sendo necessário apurar a média da indenização.

Para deixar mais claro, exemplificamos a situação, adotando como parâmetro a mesma situação retratada no tópico acima: quando do julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença que fixou a indenização em R\$10.000,00, o relator do recurso dá provimento ao apelo, fixando a indenização em R\$7.000,00. O revisor, por sua vez, entende que o valor era despropositado, estabelecendo uma indenização em R\$3.500,00. O terceiro julgador destoa dos demais, concluindo que o valor deveria ficar em R\$1.500,00.

Está-se diante de uma hipótese de divergência *quantitativa* onde, ao contrário do exposto no tópico acima, não houve sequer consenso da maioria quanto ao valor. Por unanimidade, reconheceu-se o direito da parte (não será possível, em

²³⁴ Luiz Orione Neto destaca que “Segundo entendimento assente na doutrina e na jurisprudência, a conclusão do acórdão deve ser tirada à luz do voto médio. Sem dúvida, a utilização do voto médio para fixar o resultado do julgamento revela a existência de divergência entre os votos proferidos – mesmo que seja pequena. Nesses casos, devem ser admitidos embargos infringentes contra acórdão tomado por voto médio, nos limites do dissenso” (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 443).

sede de infringentes, atacar essa parte da decisão, haja vista a unanimidade), mas não se chegou a um valor comum.

Nessa situação, nenhum óbice ao cabimento dos embargos infringentes. Se houve a reforma da sentença recorrida por conta do julgamento da apelação, viável a utilização dos infringentes²³⁵. Contudo, qual será o âmbito do recurso?

A adoção do voto médio é a solução para o impasse. Esse voto médio corresponderá à soma da condenação imposta nos três votos, com a apuração da média aritmética entre os mesmos. Em se considerando o exemplo, o valor da indenização seria de R\$4.000,00, sendo esse montante a base para início da execução em caso de não reversão da decisão.

Em tal hipótese, tanto o apelante, quanto ao apelado terão interesse em ingressar com recurso de embargos infringentes²³⁶⁻²³⁷, sendo o primeiro para tentar fazer prevalecer o voto que estabeleceu a menor indenização (R\$1.500,00) e o segundo

²³⁵ Em outra passagem, Luiz Orione Neto faz menção a uma decisão do TJRS que, em sentido contrário, inadmitiu o recurso de embargos infringentes pelo fato dos três julgadores terem divergido na conclusão do voto: “O conhecimento dos embargos de infringência pressupõe decisão tomada por maioria de votos, apoiando-se o recurso no posicionamento adotado pela orientação minoritária. Se, no julgamento, os três integrantes da Câmara divergiram, e fez-se mister a solução preconizada pelo Regimento Interno – apuração do voto médio – não se estabeleceu, a final, qualquer divergência, não sendo, pois, caso do conhecimento dos embargos interpostos”. (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 444). Concordamos com o autor ao concluir que o posicionamento do colegiado foi equivocado, na medida em que houve a divergência.

²³⁶ Em caso de necessidade de apuração do voto médio, Nelson Luiz Pinto destaca o posicionamento da doutrina, com ênfase ao posicionamento de Barbosa Moreira, Moniz Aragão e Nelson Nery Jr., ao considerar: “se no julgamento da apelação houve divergência entre os três julgadores admitem-se embargos infringentes por ambas as partes” (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 169).

²³⁷ “Se, pela dispersão dos votos, nenhuma das soluções alvitadas reúne a maioria, e o resultado do julgamento se vem a apurar mediante a aplicação de qualquer dos critérios usuais (vide, *infra*, o comentário nº357 ao art. 555), dão ensejo a embargos infringentes os votos que, num sentido ou outro, diferiam da solução prevalecente. Por exemplo: no julgamento da apelação, reformando-se a sentença, que declarara improcedente o pedido, o primeiro votante fixava em 50 a condenação, o segundo em 30 e o terceiro em 10. Adotada a solução intermediária, ante a impossibilidade de conciliação, o acórdão é embargável assim pelo autor, como pelo réu. Não colheria objeção de que “não se estabeleceu, afinal, qualquer divergência; a utilização mesma do critério especial de apuração do resultado é a melhor prova de que substitui, até o fim, o dissídio; não se confunde a hipótese com a que ocorreria se o primeiro e o terceiro votantes reconsiderassem seus votos, para aderir ao do segundo”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 534)

para tentar fazer valer o voto que estabeleceu a maior indenização (R\$7.000,00). O voto médio prevalecerá caso os infringentes não sejam conhecidos ou improvidos.

É muito utilizado também o termo voto intermediário para definir a situação ora abordada. Nesse contexto, o termo *intermediário* tem o mesmo significado que voto *médio*, sendo apurado da mesma forma, ou seja, pela média aritmética. Assim, não significa dizer que quando se sustenta a adoção do voto intermediário deve se tomar como base aquele que estabeleceu um valor inferior ao primeiro e maior que o último julgador²³⁸.

As situações acima retratadas focam sempre a divergência *quantitativa*, hipóteses em que a apuração do voto médio tem um critério lógico e sem maiores dificuldades. O mesmo não ocorre em relação à divergência *qualitativa*, onde em razão do quanto decidido em cada voto (obrigação propriamente dita) não é possível a apuração dessa média.

Em caso de discrepância *qualitativa*, como já abordado deve-se retomar a votação até a existência de uma definição em relação a uma das conclusões, sob pena de configurar o que Sérgio Shimura classifica como “*desacórdão*”²³⁹.

²³⁸ Na maioria dos exemplos dados em casos de voto médio, coloca-se uma situação onde os votos foram na seguinte proporção: 5 x 3 x 1. Nesse caso, o voto médio corresponderá, coincidentemente, ao voto intermediário (3), meio termo entre os três julgadores. Mas isso não é regra, uma vez que a apuração do voto médio se dá pela *média* efetiva entre o valor apurado pelos julgadores. Por isso a explicação acerca da extensão do termo *intermediário*.

²³⁹ O artigo 456 do Regimento Interno do TJSP se estabelece que em casos de divergência entre todos os julgadores quanto à conclusão “*o presidente, cindindo o julgamento, submeterá a matéria por inteiro a nova apreciação*”.

9. LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Com o advento da Lei 10.352/2001 as hipóteses de cabimento do recurso de embargos infringentes foram substancialmente reduzidas. Não obstante as críticas à manutenção do recurso, os benefícios trazidos pelo mesmo justificam a insistência do legislador.

O presente estudo ficará centrado na análise dos casos em que a decisão por maioria se deu quando do julgamento do recurso de apelação ou da ação rescisória²⁴⁰. Em qualquer situação, não é lícita a *reformatio in pejus* contra o embargante.

Como destacado acima, apesar da relevância, necessária se fazia uma adequação do recurso à atual sistemática processual, evitando com isso situações onde realmente não tinha muita pertinência a utilização dos embargos infringentes, hipóteses em que efetivamente nada de relevante era trazido à análise do colegiado, sustentando-se somente a necessidade de subsistência do voto minoritário.

Um importante passo com a inovação foi passar a privilegiar a decisão de primeiro grau ou a decisão rescindenda na medida em que pela regra atual os embargos infringentes são admitidos somente em caso de alteração das mesmas²⁴¹. Na verdade, resgatou-se em parte a regra da *dupla conformidade* vigente no Código de Processo Civil de 1939.

²⁴⁰ Nos casos em que são parte, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional, e de outro, município ou pessoal domiciliada ou residente no país, a apelação será dirigida diretamente ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 109 CF/88 c.c. artigo 36 e 37 da Lei 8038/90), sendo possível a utilização do recurso de embargos infringentes em caso de julgamento por maioria (artigo 260, RISTJ). Viável ainda a utilização dos embargos infringentes em casos de competência do Supremo Tribunal Federal delimitados no RISTF.

²⁴¹ Para José Rogério Cruz e Tucci, a alteração do artigo 530 do Código de Processo Civil “confere aí maior prestígio às sentenças de primeiro grau, e, de outro, evita-se discussão, muitas vezes de cunho meramente acadêmico, sobre tese de natureza processual” (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed. , São Paulo: RT, 2002, p. 123).

O recurso de embargos infringentes certamente é o que apresenta maior divergência, seja no âmbito doutrinário, seja no âmbito jurisprudencial, quantos às hipóteses de cabimento. Durante a vigência da redação antiga do artigo 530 do Código de Processo Civil, onde a condição única ao cabimento do recurso era a existência de um voto vencido, já existiam discussões em prol da tese “a” ou da tese “b”,²⁴² todas devidamente justificadas.

Com a nova redação do artigo 530 do Código de Processo Civil viu-se uma ampliação significativa dessas posições. O que antes não gerava discussão, especialmente em casos de reforma em apelação, hoje é o que mais acirra o tema e deixa a questão interessante.

Até certo ponto, a existência de posições tão diversas, gera uma insegurança para a parte na medida em que não chega a ter certeza de qual linha adotar, correndo o risco de interpor um recurso que se entenda não ser admissível ou, do contrário, deixar de interpor um recurso que numa fase seguinte se entenda essencial.

Um prévio levantamento na jurisprudência do tribunal local certamente facilitará a decisão da parte. Todavia, nem sempre isso é possível com precisão, haja vista a constante alteração das composições das câmaras/turmas julgadoras, não existindo vinculação, a princípio, com esse ou aquele entendimento.

Seja qual for a situação, parece-nos que a divergência no entendimento do tribunal local não pode trazer qualquer prejuízo à parte, justificando, caracterizada a

²⁴² Como por exemplo, o cabimento ou não dos infringentes contra decisão proferida em mandado de segurança; em agravo retido/de instrumento; possibilidade ou não se suscitar matéria de ordem pública.

singularidade do caso, ainda que falte um critério técnico, a interposição simultânea do recurso de embargos infringentes e também dos recursos *extraordinários*, com as devidas ressalvas.

Ao que se nota, nos últimos tempos, os tribunais têm se posicionado em prol de uma análise restritiva/literal do disposto no artigo 530, posicionamento não muito bem aceito por expressiva parte da doutrina.

O estudo do tema leva à reflexão. As justificativas apresentadas em prol dessa ou daquela tese são sempre muito bem fundamentadas, trazendo dúvida até mesmo para quem já tem um posicionamento formado nesse ou naquele sentido.

Sem prejuízo da posição adotada neste trabalho, parece-nos que ao lado da interpretação do dispositivo legal deve-se, de início, ter presente o quando deduzido na exposição de motivos que levou à alteração da regra do artigo 530 do Código de Processo Civil. No nosso entender, de nada adianta a análise da redação final do dispositivo sem levar em conta o que culminou com essa alteração.

Nem sempre a redação do dispositivo retrata, com perfeição, a real intenção do legislador. O artigo 530 atual é a maior prova disso. Ao se tentar delimitar a hipótese de abrangência, principalmente nos casos de decisões proferidas em sede de apelação, partiu-se do pressuposto que alguns conceitos seriam “pacíficos”, optando-se por uma redação mais simplificada, o que na prática tem gerado muita discussão.

Por isso, resgata-se o texto do Projeto de Lei 3474. Ao justificar a pertinência da manutenção do instituto no sistema recursal, destacou-se a necessidade de restrição das hipóteses de cabimento: “a) em que o acórdão não unânime tenha

reformado a sentença; volta-se, destarte, ao sistema previsto originalmente no código processual de 1939. Com efeito, se o acórdão *confirma* a sentença, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, neste caso, mais um recurso ordinário; b) em que a divergência tenha surgido em matéria de *mérito*, não simplesmente em tema processual; c) em que a rescisória tenha sido julgada procedente. Com tais limitações, adequadas a reduzir bastante o número de embargos, o recurso é mantido.”

Nota-se que pelo item “b” justificou-se a necessidade de alteração da regra de cabimento do recurso de embargos infringentes, limitando-o aos casos em que a divergência se desse no âmbito do mérito da ação (e não só ao mérito do recurso), não se devendo considerar as hipóteses de divergência em tema processual. A partir dessa premissa é que deve ser feita a análise do cabimento dos infringentes, ainda que para tanto seja necessário reconhecer a incorreção da redação do dispositivo.

A maior polêmica, sem dúvida, gira em torno da decisão por maioria proferida no bojo do recurso de apelação. Quanto à ação rescisória, que já antes não trazia muita discussão, a regra atual é clara e pontual, admitindo os infringentes somente em caso de efetiva procedência da ação, com rescisão da decisão transitada em julgado.

Não há como se deixar de fazer um paralelo entre a situação de ontem e a situação de hoje. Como bem colocado na ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, a reforma introduzida pela Lei 10.352/2001 trouxe “relevante modificação filosófica”, uma vez que pela regra antiga busca-se somente a valorização do voto

vencido, ao passo que pela regra atual outros critérios são considerados para análise da viabilidade do recurso²⁴³.

O espírito da reforma não deixa dúvida quanto à intenção de restringir as hipóteses de cabimento do recurso de embargos infringentes, admitindo o recurso em casos onde a decisão atacada não foi confirmada pelo órgão colegiado e não tenha apreciado o mérito (no caso da apelação), ou ainda, onde a decisão rescindenda foi mantida, ainda que por maioria de votos (casos de ação rescisória)²⁴⁴.

9.1. EMBARGOS INFRINGENTES E A DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

É impossível tratar do tema sem trazer à colação os ensinamentos de Barbosa Moreira. Especificamente em relação aos embargos infringentes, o autor alterou um posicionamento que parecia sedimentado ao longo dos anos, contribuindo de forma decisiva para a alteração que culminou com a regra hoje vigente. Se assim é, de início, interessante ver o que justificou essa alteração de entendimento e a sugestão que veio a ser acolhida pelo legislador.

²⁴³ “1. A reforma do Código de Processo Civil – CPC, promovida pela Lei nº10.352/2001, introduziu relevante modificação filosófica no instituto dos embargos infringentes, que, anteriormente, caracterizava-se pela excepcional importância que o legislador processual atribuía à tese não atacada. Até então, poder-se-ia considerar que a ratio essentis dessa modalidade de recurso consistia na valorização do voto vencido. 2. Com a alteração do art. 530 do CPC, entretanto, a admissibilidade dos embargos infringentes deixou de se apoiar na existência do voto vencido *tout court*. Outros pressupostos emergem da nova redação conferida ao referido dispositivo processual, quais sejam, que o acórdão não unânime haja também reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito. 3. Outrossim, na atual sistemática recursal, sem embargo do voto vencido, faz-se mister, como condição de procedibilidade dos embargos infringentes, ocorrer, no julgamento da apelação, dissonância entre o entendimento do juiz singular e aquela manifestado pelo órgão colegiado no que tange ao mérito do processo. 4. Verificado que o aresto proferido em sede de apelação, objeto de divergência, limitou-se tão somente à apreciação da questão relativa à redução da verba honorária e que a decisão foi favorável ao recorrente, falece a este interesse jurídico em interpor embargos infringentes. 5. Recurso especial conhecido e improvido” (RESP 612.313/SC, DJ 10.05.2004)

²⁴⁴ Existe previsão expressa de cabimento dos embargos infringentes em casos de recurso adesivo nos embargos infringentes (artigo 500, II, do Código de Processo Civil). A condição para admissão/processamento dos embargos infringentes adesivo é a existência de um voto divergente para ambas as partes.

Como escreve o autor, a experiência judicante culminou com a revisão do entendimento anterior, levando-o a “atenuar o rigor” de sua posição. A sugestão apresentada (com restrição às hipóteses de cabimento) tomava como base os seguintes pontos: (a) impossibilidade de utilização dos infringentes quando a divergência se desse no julgamento da preliminar ou quando a apelação tivesse sido interposta contra sentença terminativa; (b) quando a decisão vier a ser confirmada pelo tribunal²⁴⁵.

No contexto acima o espírito da reforma fica bem evidenciado. Ao mesmo tempo em que se reconheceu a importância dos infringentes como meio de aprofundamento da análise das decisões não unânimes no âmbito dos tribunais, limitou-se o cabimento dos mesmos a casos onde não tenha havido confirmação da decisão atacada e também não exista risco de formação de coisa julgada material²⁴⁶.

A divergência, vale destacar, é aferida pela questão de fundo, o que condiciona ao conhecimento do recurso de apelação²⁴⁷. Qualquer vício que invalide ou impossibilite o processamento do recurso de apelação, por conta dos reflexos que trará, não poderá eventual divergência no julgamento autorizar a utilização dos embargos infringentes.

²⁴⁵ Ao comentar as sugestões, o autor dá destaque ao acolhimento da sugestão com a edição da Lei 10.352/2001 (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 523).

²⁴⁶ Caso a parte não recorra da decisão colegiada que, por maioria, anula sentença de primeiro grau, não há pronunciamento final sobre o objeto central. Num caso de extinção sem julgamento de mérito, por exemplo, existe a possibilidade de a parte ingressar com nova ação, haja vista que se não houver recurso, não há que se falar em formação de coisa julgada material. O TJRJ, quando do julgamento da apelação cível 2007.001.06696, indeferiu o processamento dos embargos infringentes contra decisão que, por maioria, não adentrou à questão de mérito, e, por isso, “não tem aptidão para se reverter de autoridade da coisa julgada no sentido material”.

²⁴⁷ Barbosa Moreira destaca essa condição prévia para admissão dos infringentes: “Para *reformular* a sentença – quase supérfluo notar – é indispensável que o tribunal haja *conhecido* da apelação e não tenha encontrado na decisão vício que a *invalide*. Se não conheceu da apelação, por lhe faltar algum requisito de admissibilidade, o órgão de segundo grau não chegou a apreciar-lhe o mérito, nem, por conseguinte, podia examinar se fora correta ou incorreta a sentença apelada”. (RePRO 109/117). Nesse sentido, o entendimento de Ernane Fidélis dos Santos em trecho destacado abaixo.

Com base nessas premissas deve ser interpretada a norma. A uniformização do entendimento nos tribunais diminuiria sensivelmente a insegurança quanto ao cabimento ou não cabimento do recurso²⁴⁸. Sem prejuízo dessa orientação, uma alteração do dispositivo para delimitar com mais clareza a abrangência do recurso contribuirá para o fim de muitas divergências.

A não admissão dos infringentes não significa dizer que a parte deve ser conformar com a decisão da maioria²⁴⁹. Deve nesse caso, não se encartando numa hipótese de cabimento elencada no artigo 530 do Código de Processo Civil, ingressar com recurso especial e/ou extraordinária na busca de reverter a situação nos tribunais superiores²⁵⁰.

Ernani Fidélis dos Santos encampa a corrente que não admite os embargos infringentes contra qualquer decisão por maioria, consignando que nos casos onde a divergência ficar nos pressupostos processuais e condições da ação não será possível a utilização dos infringentes²⁵¹⁻²⁵². Destaca ainda o autor que o julgador não

²⁴⁸ “Dirão também os tribunais se os embargos infringentes são ou não admissíveis quando o acórdão, ainda quando proferido em apelação contra sentença de mérito, não for de mérito ele próprio (acórdãos de natureza terminativa ou mesmo interlocutória, conforme as hipóteses consideradas acima). Para a harmonia do sistema, as razões que aconselham a resposta afirmativa proposta acima aconselham também a negativa a essa segunda indagação. Mas é necessário coerência: ou se interpreta literalmente o texto do art. 530, desautorizando tudo quanto lá não estiver, ou ele é interpretado sistematicamente e de modo harmonioso, para que a primeira resposta seja afirmativa e a segunda, negativa” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 205).

²⁴⁹ No caso de uma sentença terminativa reformada quando do julgamento do recurso de apelação, aplicando-se a disposição inserta no artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil, como analisado em tópico específico, possível no nosso entender a utilização dos infringentes, haja vista a existência de uma decisão de mérito da causa.

²⁵⁰ Se nada fizer, sendo caso de extinção do feito sem julgamento do mérito, não haverá formação de coisa julgada material, sendo possível a propositura de nova demanda, sanando-se o vício.

²⁵¹ “Quanto ao campo de abrangência dos embargos infringentes, se, anteriormente, abarcavam qualquer ordem de matéria, limitaram-se, agora, tanto na apelação quanto na rescisória, ao mérito do acórdão. Assim, nas questões processuais e de condições da ação, irrelevante, ainda que expostos no corpo da apelação ou da rescisória, a divergência sobre aqueles” (SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 669).

²⁵² Nelson Luiz Pinto parece ter o mesmo entendimento na medida que não faz nenhuma ressalva quanto à necessidade de interpretação mais ampla: “Entretanto, pela nova redação do art. 530 do CPC, dada pela Lei 10.352/2001, tem-se que somente quando da reforma da sentença de mérito por maioria de votos no julgamento da apelação é que serão admissíveis os embargos infringentes. Com relação à ação rescisória, somente quando houver divergência no julgamento de sua procedência é que serão cabíveis os embargos infringentes”. (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 163)

deve se centrar ao “nome com que se qualifica a decisão”, devendo a aferição do cabimento ou não do recurso se pautar na análise se a decisão recorrida foi ou não de mérito²⁵³.

No nosso entender, essa premissa adotada para análise parece ser a mais adequada e encartada ao espírito da reforma²⁵⁴. A existência de uma decisão terminativa, ainda que por maioria, não veda a repositura de uma nova ação, razão pela qual se impôs o óbice aos embargos infringentes.

Humberto Theodoro Junior elenca as condições essenciais à interposição do recurso de embargos infringentes, sendo enfático a destacar “que a sentença objeto da apelação seja de mérito; logo, não cabem embargos infringentes se a divergência do acórdão se cingir a preliminares processuais”, vindo mais adiante a concluir que “somente temas de mérito são debatíveis em embargos infringentes”²⁵⁵⁻²⁵⁶.

Nessa mesma linha, deve-se destacar o posicionamento de Arruda Alvim. Numa profunda análise da nova regra, sustenta o autor que “à primeira vista e em face da literalidade da lei”, parece ser possível a interposição de recurso de

²⁵³ “O que é preciso atentar com redobrado cuidado é sobre a classificação das decisões, mormente sobre carência de ação e até de inépcia da inicial, quando se julga, de plano, a improcedência do pedido (art. 295, parágrafo único, II). Muitos juízes ainda se apegam à tese de direito concreto de ação e reconhecem haver carência, quando se trata não de ilegitimidade ou falta de interesse processual, mas de verdadeira ausência de direito que conduz à improcedência do pedido”. (SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 670).

²⁵⁴ Ademais, o próprio Barbosa Moreira conclui que a nova redação do artigo 530 “exclui a embargabilidade quando o órgão de segundo grau não haja reformado a sentença, ou quando esta não tenha decidido o *meritum causae*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 528)

²⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo de Conhecimento*, volume I, 45ª ed., Rio, Forense, p. 684.

²⁵⁶ Com base na orientação de Barbosa Moreira que delimita as sugestões apresentadas para a reforma do artigo 530, Luiz Orione Neto destaca que “Dentro essa nova configuração do recurso, não cabem mais embargos infringentes quando ocorre divergência só no julgamento de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença terminativa, e também quando houver o tribunal *confirmado* – embora por maioria de votos – a sentença definitiva. Volta-se, assim, ao sistema previsto originalmente no Código de Processo Civil de 1939. Com efeito, se o tribunal *ratifica* a sentença de mérito, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, nesse caso, mais um recurso ordinário” (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 429).

embargos infringentes contra decisão colegiada que, por maioria de votos, reforma decisão de mérito, anulando o feito com o acolhimento de uma preliminar.

Num segundo momento, com base na *ratio legis*, reconhece o autor que o legislador deixou o mérito como “elemento central do tema”, e por conta disso, “desdobrando-se analiticamente esse argumento, há de se ter presente, ainda, que a extinção do processo sem julgamento de mérito não impede a propositura da mesma ação (art. 268 do Código de Processo Civil). Essa decisão não é marcada pela “definitividade”. Parece-nos que em tal hipótese descabem os embargos infringentes, pelos motivos aduzidos”²⁵⁷.

Athos Gusmão Carneiro compartilha desse entendimento, reconhecendo não só a impossibilidade de utilização dos infringentes quando a questão julgada, por maioria, tal como já teria ocorrido em primeira instância, for meramente processual, mas também quando a questão de fundo foi analisada pelo juízo monocrático e a maioria julgadora não superou um óbice preliminar²⁵⁸.

A restrição ao cabimento dos embargos é destacada por Araken de Assis para quem “harmoniza-se com o espírito restritivo da reforma excluir os embargos na

²⁵⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Notas sobre algumas mutações verificadas com a Lei 10.352/2001*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 6 série, p. 75.

²⁵⁸ No caso, a análise foi feita no bojo de um parecer: “Os Embargos Infringentes não serão aceitos em *matéria processual*, ou seja, quando a sentença, reformada por maioria de votos, se houve limitado ao exame de questões processuais, sem decidir a matéria de mérito. Por questões de ordem processual devem ser consideradas, *ex vi legis*, aquelas previstas no art. 267 do CPC. Igualmente incabíveis os embargos quando o acórdão venha a “cassar” ou “anular” *uma sentença de mérito*: v.g., a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, ou sentença nula por ausência de fundamentação, ou passível de cassação por haver com aqodamento efetuado o julgamento antecipado da lide etc. Nestes casos, o tribunal não está apreciando o mérito da causa, não está a “reformular” a sentença de mérito – dando-lhe, pois, uma “segunda forma” – mas sim está a impor a prolação (após corrigidos os vícios processuais) de uma outra sentença de mérito, que poderá ou não inclinar-se no mesmo sentido anterior”. (RePRO 108/215-216)

hipótese de a sentença de primeiro grau julgar o mérito e o acórdão, apesar da falta de unanimidade, extinguir o processo sem julgamento do mérito”²⁵⁹⁻²⁶⁰.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery têm o mesmo posicionamento: “Somente no caso de reforma da sentença, vale dizer, de provimento da apelação para correção de *erros in iudicando*, de questão de fundo, por acórdão não unânime, é que são cabíveis os embargos infringentes. O recurso é cabível ainda que a sentença seja *parcial*. As decisões não unânimes de natureza processual (...), bem como as não unânimes que negam provimento à apelação sobre questão de fundo, não são impugnáveis por embargos infringentes”²⁶¹.

Como adiantado, o entendimento não é pacífico. Existe posicionamento em sentido contrário, admitindo sem qualquer restrição a interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão que, por maioria de votos, reforma decisão definitiva, analisando questão processual, sem adentrar ao mérito da causa²⁶².

²⁵⁹ Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 556/557. O autor faz menção a um precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 503.073/MG) onde se destaca do julgado: “A melhor interpretação do art. 530, CPC, em sua redação atual, está a indicar o descabimento de embargos infringentes contra acórdão que não examina o mérito da pretensão”.

²⁶⁰ O Superior Tribunal de Justiça, demonstrando uma tendência a adotar a interpretação restritiva da norma, não conheceu o recurso especial em decisão assim ementada: “Processual civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Cabimento. Cassação da sentença – Com o advento da Lei 10.352/2001, incabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão que não tenha julgado o mérito da demanda. Recurso especial não conhecido” (RESP 627.927/MG). Em caso onde o acórdão reverteu sentença de mérito, reconhecendo, por maioria, a ilegitimidade ativa, culminando com a extinção do feito sem julgamento de mérito, concluiu-se pela impossibilidade de utilização dos infringentes (AgRg no RESP 767.323/PR). Por fim, no julgamento do RESP 503.073/MG concluiu-se que a melhor interpretação do art. 530 do CPC está a indicar o descabimento dos infringentes em caso onde não houve pronunciamento sobre a matéria de mérito.

O TJRJ também adotou posicionamento similar quando do julgamento do recurso de apelação 2006.001.47831, concluindo pela impossibilidade de utilização dos infringentes quando o acórdão não unânime é de natureza “interlocutória”, não decidindo sobre o mérito da demanda. Num outro caso, o posicionamento foi no mesmo sentido, reconhecendo-se a restrição à utilização dos infringentes em casos de julgamento de questão preliminar (Embargos infringentes 2007.005.00093).

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado*, RT, 9ª ed., São Paulo, p. 781.

²⁶² Marcos Afonso Borges, autor de obra dedicada à análise dos embargos infringentes, por conta das alterações do artigo 530, fez uma abordagem das novas regras: “A nova redação restringe o cabimento do remédio a “acórdão não unânime que houver reformado o mérito, em grau de apelação, ou houver julgado procedente a ação rescisória”. É evidente que o propósito do legislador foi o de diminuir as hipóteses de interposição do mencionado recurso, e fazendo-o, infringiu o princípio da isonomia, pois exclui o caso de manutenção de sentença e de improcedência da rescisória, mesmo havendo voto divergente. Além do mais, restringe também o cabimento à matéria de mérito, quer dizer, de direito material, afastando, destarte, as questões pertinentes ao devido processo legal, à constituição e desenvolvimento válidos do processo, à defesa e à prova. Tais limitações são, *permissa venia*, inconstitucionais”. (Repro 106/185).

Sérgio Shimura, ao analisar a nova redação do dispositivo, reconhece a impossibilidade de utilização dos infringentes em casos de decisões terminativas reformadas pelo tribunal, em grau de apelação, sem adentrar à questão de fundo. Todavia, adota uma interpretação diversa em casos de anulação da sentença de mérito, concluindo ser desnecessário que a atividade cognitiva tenha efetivamente apreciado toda a matéria de mérito, sendo suficiente as “questões terem sido apreciadas em primeiro grau, ou seja, de que as questões hajam sido *suscitadas e discutidas*”²⁶³⁻²⁶⁴.

Para o autor, não obstante o *caput* do artigo 530 do Código de Processo Civil faça alusão do termo “reforma”, a nova exigência é que haja apelação contra a sentença que apreciou efetivamente o mérito da demanda “pouco importando se o acórdão venha a anular ou reformar a decisão hostilizada”. Por essa interpretação, faz-se uma distinção entre os casos onde o tribunal reforma sentença terminativa e anula decisão que apreciou o mérito da demanda²⁶⁵⁻²⁶⁶.

²⁶³ Para se chegar a tal conclusão, o autor faz um paralelo entre os conceitos “mérito recursal” e “mérito da ação”. Ao mesmo tempo em que se reconhece a impossibilidade de utilização dos infringentes em casos de provimento de recurso contra sentença terminativa, sem adentrar ao mérito (o que seria possível pelo artigo 515, §3º, do CPC), coloca-se como possível a interposição do recurso em situação inversa, onde o juiz de primeiro grau adentrou à questão de fundo e o tribunal, quando do julgamento da apelação, anulou a sentença para se determinar a baixa para realização de prova ou mesmo para acolher alguma preliminar de mérito: “Vale dizer, o tribunal reforma para extinguir o processo sem análise do mérito da ação, decretando a carência da ação ou reconhecendo o defeito nos pressupostos processuais, De igual modo, cremos serem cabíveis os embargos infringentes, porque o legislador se contentou em exigir acórdão em apelação, que reforme (modificação ou cassação da decisão hostilizada) sentença, que tenha analisado a lide, o pedido propriamente dito”. (SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 502/504).

²⁶⁴ Quando do julgamento do recurso especial nº855.148/PR, a Primeira Turma do STJ, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso, reconhecendo que o acórdão que extingue o feito, em sede de apelação, “faz juízo de mérito sobre o próprio título que sustenta juridicamente a obrigação e a pretensão da demanda. Assim, sendo decisão por maioria e tendo reformado a sentença recorrida, que era de procedência, o acórdão pode ser atacado por embargos infringentes” (RESP 855.148/PR, DJ 09.10.2006)

²⁶⁵ Flávio Cheim Jorge entende que “mesmo que o art. 530 tenha mencionando apenas a palavra “reformado”, somos levados a sustentar que também nas hipóteses de anulação da sentença, por maioria de votos, deverão ser cabíveis os embargos infringentes” Flávio Cheim Jorge (JORGE, Flávio Cheim, *A Nova Reforma Processual*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 187)

²⁶⁶ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Bernardo Pimentel Souza: “Por tais razões, tudo indica que os embargos são cabíveis sempre que ocorrer o provimento por maioria de apelação interposta contra sentença de mérito, sendo irrelevante se houve a reforma por error in judicando ou a anulação por erros in procedendo. Realmente, os embargos são cabíveis em ambas as hipóteses: reforma propriamente dita e também cassação”

A colocação é interessante. Reconhece-se a impossibilidade de utilização dos infringentes quando não decidido o mérito da causa, mas ressalva-se a possibilidade de utilização do recurso quando o tribunal não adentra à questão de fundo, anulando sentença de mérito ou mesmo extinguindo o feito por falta de uma das condições da ação ou pressupostos processuais²⁶⁷.

No entanto, partindo da premissa acima identificada para análise do cabimento do recurso, qual seja, espírito da reforma + interpretação do dispositivo, parece-nos não ser o caso de ampliar as hipóteses de cabimento dos infringentes. Com a reforma, o legislador considerou a efetividade do processo na busca do direito material.

Se a sentença apelada for anulada para se determinar a baixa dos autos para regular instrução, ou mesmo no caso de conversão do julgamento para diligência, não haverá um pronunciamento do colegiado acerca da questão de fundo, o que deverá ocorrer, oportunamente, quando da apreciação do recurso eventualmente interposto contra a nova decisão proferida à luz da prova realizada²⁶⁸.

Assim, o recurso de embargos infringentes poderá ser utilizado numa fase seguinte, quando da apreciação de novo recurso de apelação. Nessa situação inicial, onde o colegiado, por maioria, entendeu que os elementos que pautaram a

(SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, São Paulo, 2007, 4ª Edição, Saraiva, p. 344).

²⁶⁷ Marcelo Negri compartilha desse entendimento. Para ele “apreciada a apelação pelo tribunal, se houver reforma no mérito, toda matéria veiculada na apelação, desde que julgada por maioria e presentes os demais requisitos, poderá ser objeto dos embargos infringentes, inclusive prejudiciais e preliminares do mérito da sentença *a quo*, vinculadas ao pedido inicial, porque participam estas do mérito recursal”. (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 166)

²⁶⁸ No entender de Luiz Orione Neto “se a sentença definitiva foi *anulada*, com a conseqüente devolução dos autos ao juízo *a quo*, mesmo que por maioria de votos, não caberão embargos infringentes, porque não houve *substituição* da sentença de mérito, mas apenas sua *invalidação*” (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 435).

sentença de procedência não eram suficientes, a anulação da decisão monocrática não dá azo à utilização dos infringentes²⁶⁹.

Da mesma forma deve ser a postura adotada quando a sentença de mérito é anulada com o reconhecimento, por maioria, de uma preliminar de mérito (por exemplo, falta de uma das condições da ação). A nova decisão colegiada, efetivamente terminativa, não faz coisa julgada material, podendo ser inclusive atacada via recurso especial e/ou extraordinário.

Não se nega a distinção entre mérito recursal e mérito da ação. Todavia, parece não ser o caso de uma abordagem tão aprofundada, devendo a conclusão levar em conta as bases da reforma do instituto.

9.2. EMBARGOS INFRINGENTES E A DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A restrição ao cabimento dos embargos infringentes também atingiu as hipóteses relacionadas à ação rescisória. Pela antiga regra bastava a existência de divergência no julgamento para se admitir a utilização dos embargos infringentes, o que não é mais possível pela regra atual.

Além da necessária divergência no julgamento, agora é condição essencial à admissão dos infringentes a decretação de procedência da ação rescisória. Fica restabelecido também nessa hipótese o critério da *dupla conformidade* na medida

²⁶⁹ Nesse mesmo sentido, destaca-se o posicionamento de Leonardo José Carneiro da Cunha: “Enfim, a *anulação* de qualquer sentença, seja terminativa ou definitiva, fará com que os autos sejam devolvidos ao juízo de primeiro instância para que profira outro ato sentencial. Nesse caso, inadmissíveis os embargos infringentes, mesmo que o acórdão não seja unânime, pouco importando se a sentença tenha sido terminativa ou definitiva. Uma vez *anulada*, não se possibilitará o manejo dos embargos” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 122)

em que é requisito essencial a existência de um pronunciamento judicial que tenha reformado a decisão rescindenda.

Por se tratar de uma ação, há que se fazer uma ressalva quanto à admissibilidade da mesma. Antes da Lei 10.352/2001 não havia distinção entre o pronunciamento quanto à admissibilidade da ação e quanto ao mérito, sendo suficiente a existência de divergência para justificar o cabimento dos infringentes.

Como pela atual redação do artigo 530 do Código de Processo Civil é essencial que a divergência ocorra no bojo de decisão que julga a ação procedente, o recurso de embargos infringentes caberá somente em situações em que a ação foi admitida, ou seja, em situações em que a admissibilidade da ação foi superada²⁷⁰⁻²⁷¹.

A partir dessa constatação, afasta-se a possibilidade de utilização do recurso em caso de discrepância quanto à admissão da ação, sendo necessário o ingresso na questão de fundo da ação e acolhimento da pretensão do autor para utilização do meio recursal²⁷².

Em se tratando de ação rescisória necessária a delimitação do juízo rescindendo (*iudicium rescindens*) e do juízo rescisório (*iudicium rescissorium*).

²⁷⁰ No entender de Cândido Rangel Dinamarco “Não há dúvida de que a *Reforma da Reforma* negou de modo radical os embargos infringentes contra acórdão que profere algum desses juízos negativos de admissibilidade, porque em todo sistema processual os recursos existentes são aqueles que a lei indica e sob os pressupostos que a lei exige. Não se podem transplantar para o direito vigente os critérios que prevaleceram no ab-rogado, sob pena de alimentar *fantasmas* de uma ordem jurídica pretérita” (DINAMARCO, Cândido Rangel, A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 2ª Ed., 2003, p. 200/201).

²⁷¹ “Assim, a divergência porventura ocorrida no juízo de admissibilidade, a favor do autor ou do réu, não torna embargável o acórdão. Do mesmo modo, a rescisória julgada improcedente, por maioria, não é suscetível ao ataque desse recurso. Já a divergência verificada na procedência da rescisória, quer no *iudicium rescindens*, quer no *iudicium rescissorium*, autoriza a interposição dos embargos pelo réu, em relação a uma dessas etapas ou ambas” (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 562).

²⁷² “Agora, é necessário que a ação supere o juízo de admissibilidade e, mais, que por maioria de votos se julgue procedente o pedido” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 531)

Existem casos em que, dependendo o fundamento que deu ensejo à ação rescisória, a decisão atacada pode ser anulada²⁷³ ou mesmo rejuogada²⁷⁴.

Assim, caracterizada a divergência no juízo rescindendo ou no juízo rescisório, o que pressupõe a admissão da ação rescisória²⁷⁵, viável a utilização dos embargos infringentes. A modificação da situação anterior com a desconstituição da coisa julgada é suficiente à utilização do recurso de embargos infringentes.

Numa situação onde a ação rescisória está pautada em dois fundamentos (violação à literal disposição de lei e documento novo), como já destacado no tópico onde se analisou os casos de ação com mais de uma causa de pedir, o acolhimento pela unanimidade em relação ao primeiro fundamento é suficiente a inviabilizar o recurso de embargos infringentes caso a divergência se dê em relação ao segundo fundamento.

No caso específico em que haja o rejuogamento da causa (juízo rescisório), uma particularidade deve ser destacada. Para se chegar ao juízo rescisório, necessariamente, deve haver o juízo rescindendo. Num caso em que a maioria acolheu o pedido de anulação (rescindendo), vindo, na fase seguinte, por unanimidade de votos, a julgar a ação rescisória procedente, não será possível a parte ingressar com recurso de embargos infringentes, haja vista que a pretensão inicial foi acolhida pela integralidade com a desconstituição da decisão transitada em julgado²⁷⁶.

²⁷³ Num caso de ação rescisória fundada na existência de coisa julgada, superada a fase de admissão, caso se entenda caracterizada a ofensa à coisa julgada, a decisão atacada será rescindida (*juízo rescindendo*), não sendo necessário um novo julgamento da demanda (*juízo rescisório*). Basta a desconstituição da decisão transitada em julgado.

²⁷⁴ Nesse caso, a questão envolve a prévia anulação e um novo julgamento pelo órgão colegiado. Num caso de ação rescisória fundada em documento novo, superada a fase de admissão, o acolhimento da pretensão do autor passa primeiro pela anulação da decisão atacada (*juízo rescindendo*) para depois se proceder ao novo julgamento da questão (*juízo rescisório*).

²⁷⁵ Em caso de preliminar de decadência, Barbosa Moreira reconhece a possibilidade de utilização dos infringentes: “Ocioso acentual o cabimento dos embargos com base em voto discordante quanto à questão da decadência, que é preliminar de mérito”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 531)

²⁷⁶ Sérgio Shimura bem destaca essa situação: “Porém, quando houver necessidade de *rejuogamento* da lide, o voto minoritário terá de ocorrer nesta última fase, para permitir os embargos infringentes. Suponhamos a

10. DA REGRA ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei 9756/98 trouxe importantes inovações ao Código de Processo Civil, sendo de se destacar a que atribuiu ao relator amplos poderes para julgamento monocrático do recurso. Pela redação que passou a vigorar do artigo 557 *caput* do Código de Processo Civil “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. O §1º-A desse mesmo dispositivo ainda prevê que “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

As duas hipóteses são bem distintas. Na primeira (*caput*) o posicionamento do Relator é sempre no sentido de não admitir o processamento do recurso ou mesmo rejeitá-lo, posicionando-se sobre a questão de fundo. Na segunda (§1º-A) o posicionamento do relator é no sentido de acolher o recurso, ou seja, de dar provimento ao recurso.

Em regra, ainda, o julgamento no âmbito dos tribunais continua sendo colegiado. Somente em hipóteses que se encartam nas disposições do *caput* e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil é possível um posicionamento único do relator do recurso (decisão monocrática). A razão de ser dessa nova redação, na linha

hipótese em que o pedido de invalidade (juízo rescindente) seja acolhido por maioria de votos, e o pedido de rejujamento provido por unanimidade. Neste caso, descaberiam os embargos infringentes, uma vez que a *procedência se deu sem divergência*” (SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 508).

crecente das alterações do código, é viabilizar o processamento mais célere dos recursos, diminuindo a carga de trabalho dos órgãos colegiados.

Não obstante a existência de algumas críticas que surgiram na oportunidade da edição da lei, fora de dúvida a importância desse novo regramento na sistemática recursal. Vale destacar que a possibilidade desse julgamento monocrático não significa dizer que se afastou de vez a possibilidade de análise da questão de fundo pelo órgão colegiado.

Como se depreende do disposto no parágrafo primeiro do artigo 557, nas hipóteses previstas no *caput* e no §1º-A, existe a possibilidade da parte se insurgir, via agravo²⁷⁷, no prazo de 5 (cinco) dias, contra a decisão monocrática do relator, viabilizando com isso um pronunciamento do colegiado.

Neste passo, necessário analisar se a disposição do artigo 557 *caput* e §1º-A se aplica ou não ao recurso de embargos infringentes. Essa análise, para facilitar, pode ser dividida em três enfoques: *primeiro enfoque* - possibilidade ou não de julgamento monocrático do recurso de embargos infringentes, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil; *segundo enfoque* - possibilidade ou não de interposição de embargos infringentes contra decisão monocrática que nega seguimento ou provimento ao recurso de embargos infringentes, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil; *terceiro enfoque* - possibilidade ou não de interposição de embargos infringentes contra decisão monocrática que dá provimento ao recurso (*reforma*), com fundamento no artigo 557, *caput* e §1º-A, do Código de Processo Civil.

²⁷⁷ Ao mesmo tempo em que se abre a possibilidade de interposição de recurso de agravo contra a decisão do relator, o §2º deixa clara a possibilidade de aplicação de multa sempre que esse agravo for considerado inadmissível ou infundado. Assim, o simples fato do recorrente ingressar com o agravo interno não lhe garante, automaticamente, a apreciação da questão pelo órgão colegiado, podendo, no caso, não só ver mantida a decisão, como também arcar com multa.

Nessa análise, devem-se levar em conta as normas que regem o processamento dos embargos infringentes, em especial, as elencadas nos artigos 531 e 532 do Código de Processo Civil. Não basta, portanto, analisar a regra geral sem antes considerar a regra especial.

Em relação ao *primeiro enfoque* acima identificado, retrata-se a hipótese de um recurso de embargos infringentes interposto pelo apelado (no caso de uma apelação de sentença) ou pelo réu da ação rescisória, pendente de processamento. Tem-se nesse caso o recurso de embargos infringentes interposto pelo apelado/réu da rescisória no aguardo do seu regular encaminhamento.

O artigo 557 *caput* do Código de Processo Civil prevê a possibilidade do relator, de plano, *negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente* ou em confronto com *súmula ou jurisprudência dominante*. Ou seja, são previstas 3 (três) hipóteses distintas de julgamento monocrático, todas elas no sentido de não admitir o recurso, seja em relação à parte do processamento, seja em relação ao mérito do recurso.

Já o artigo 531 do Código de Processo Civil estabelece na parte final que, depois da manifestação da parte contrária, o Relator se pronunciará sobre a admissibilidade do recurso de embargos infringentes. O artigo 532 prevê a possibilidade do recorrente, em caso de não admissão, insurgir-se via agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, para julgamento do colegiado.

A apreciação da admissibilidade do recurso de embargos infringentes se dá depois da manifestação do recorrido, regra essa que passou a vigorar a partir da

edição da Lei 10.532/2001, uma vez que até então a parte contrária era intimada a se manifestar somente depois da admissão do mesmo (admissão prévia).

Diante da existência de uma regra específica, se não for hipótese de flagrante intempestividade ou mesmo ausência de preparo²⁷⁸, a inadmissão do recurso só pode ocorrer depois da manifestação da parte contrária (artigo 531 do Código de Processo Civil). Esse posicionamento do relator fica restrito à análise do cabimento ou não do recurso, sendo vedado um pronunciamento sobre a questão de fundo.

Como os embargos infringentes buscam o prevailecimento do voto minoritário, nos limites de sua extensão, necessariamente, a definição dessa divergência deve ocorrer com o pronunciamento do órgão colegiado, nesse caso formado de acordo com a estrutura de cada Tribunal²⁷⁹.

A admissibilidade do recurso prevista na parte final do artigo 531 do Código de Processo Civil não deixa dúvida acerca do limitado poder do relator dos embargos infringentes nessa fase inicial. A disposição é coerente até mesmo com instituto, onde se busca uma ampla discussão e a tentativa da sedimentação da questão no âmbito do Tribunal.

Sem qualquer sentido o relator se posicionar favoravelmente ou contrário ao recorrente, sem possibilitar um pronunciamento do colegiado a respeito da questão. A razão do ser dos infringentes é sempre trazer aos autos o posicionamento de um maior número de julgadores, o que justifica a limitada função do relator na fase inicial onde se pronuncia, monocraticamente, sobre a admissibilidade do recurso.

²⁷⁸ Nesse caso, a admissão pode ser de imediato.

²⁷⁹ O regimento interno do Tribunal estabelece a forma de composição.

Em se considerando essa particularidade acima identificada, pode-se concluir pela inaplicabilidade da regra do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil em relação, ao menos, em duas de suas hipóteses (improcedência e confronto com súmula ou jurisprudência dominante). A limitação imposta pelo artigo 531, parte final, em relação à admissibilidade do recurso, é suficiente para afastar a possibilidade do julgamento do recurso, de plano, como sendo *improcedente* ou *em confronto com súmula ou jurisprudência dominante*.

Se cabível os embargos infringentes (aferição da admissibilidade de acordo com a regra do artigo 530 do Código de Processo Civil), a análise da questão de fundo deve passar necessariamente pelo crivo do colegiado. Não se cogita, assim, a rejeição imediata do recurso em relação ao mérito.

Por fim, falta analisar uma das hipóteses do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil: *negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível*. Essa hipótese é mais limitada que as outras duas acima referidas, restringindo o pronunciamento do relator à análise da admissibilidade do recurso.

Como já destacado, o processamento dos embargos infringentes pressupõe um pronunciamento prévio do relator acerca da admissibilidade. No caso da regra do artigo 531 do Código de Processo Civil, esse pronunciamento ocorre depois da manifestação do recorrido, admitindo-se somente a não admissão imediata em casos de flagrante intempestividade e falta de preparo.

Por conta disso, parece que a regra geral do artigo 557 *caput*, na parte que dispõe sobre a inadmissão sumária, não colide com a regra específica do artigo 531. Se não for o caso de inadmissão dos embargos infringentes, viabilizada a

oportunidade de manifestação do recorrido, o relator pode negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível.

Em ambas as hipóteses, existe previsão expressa no sentido da possibilidade do recorrente, ou seja, quem interpôs os embargos infringentes, ingressar com recurso de agravo interno na tentativa de buscar uma reversão da situação perante o órgão colegiado²⁸⁰. O provimento desse recurso de agravo terá como objetivo único admitir o processamento dos embargos infringentes, não sendo possível uma apreciação da questão de fundo, haja vista a limitada devolutividade desse recurso²⁸¹⁻

282

²⁸⁰ Bernardo Pimentel Souza, em análise do procedimento dos embargos infringentes, pondera: “Com efeito não pode o redator do acórdão embargado evocar o artigo 557 e ingressar desde logo no juízo de mérito do recurso. *Ad argumentandum tantum*, se ocorrer tal desvio de competência, cabe agravo interno contra a respectiva decisão monocrática, a fim de que seja esta cassada, tendo em vista o error in procedendo cometido pelo relator, por ter ultrapassado as raias do juízo de admissibilidade de que cuida o artigo 531” (SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, São Paulo, 2007, 4ª Edição, Saraiva, p. 374).

²⁸¹ No caso dos embargos infringentes, o artigo 532 do Código de Processo Civil estabelece que somente em caso de não admissão dos embargos infringentes é que a parte poderá ingressar com o agravo. Caso o recurso seja admitido, com encaminhamento para julgamento colegiado, não existe a possibilidade do recorrido se insurgir, via agravo, contra essa decisão. No caso, caso o mesmo sustente o não cabimento dos infringentes, isso será analisado quando do julgamento do recurso, viabilizando a interposição de recurso especial e/ou extraordinário.

²⁸² Em virtude da limitada devolutividade do agravo interno, se a questão ficou centrada no cabimento ou não do recurso, não se admite a interposição de infringentes ainda que a decisão tenha sido proferida por maioria de votos. O Superior Tribunal de Justiça, em alguns casos, admite os infringentes quando a decisão proferida no bojo do agravo regimental foi por maioria de votos: “Processual civil. Agravo regimental manifestado contra despacho do relator, que inadmitiu a apelação. Decisão tomada por maioria. Impugnação por meio de embargos infringentes, considerados incabíveis. Negativa de vigência ao art. 530 do Código de Processo Civil. Limitando-se o agravo regimental a suscitar a complementação, pelo órgão colegiado, do julgamento da própria apelação, iniciado com o pronunciamento do relator, é de ter-se por acertado o entendimento de que contra a decisão que o aprecia, quando não unânime, caberão os embargos infringentes, previstos no dispositivo processual acima indicado. Recurso provido.” (RESP 8670/MG, DJU 13.05.1991).

Em outro caso relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, admitiu-se os infringentes quando a decisão proferida no bojo do agravo regimental complementou o julgamento da ação rescisória: “1. São admissíveis os embargos infringentes opostos contra acórdão proferido por maioria de votos em sede de agravo regimental interposto de decisão que indefere liminarmente ação rescisória, complementando o seu julgamento. 2. Regula-se o cabimento pela lei vigente ao tempo em que proferida a decisão, não sendo aplicável à hipótese dos autos a nova redação dada ao art. 530 do Código de Processo Civil pela Lei 10.352/2001. 3. Recurso especial conhecido e provido” (RESP 343.810/DF, DJU 11.11.2002). Na mesma linha, RESP 446.435/RJ, DJU 14.10.2002.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou: “1. Os embargos infringentes – conforme o art. 530 do CPC, antes da modificação introduzida pela Lei 10.352/2001 – eram cabíveis quando não-unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. 2. No caso, o acórdão embargado – que, por maioria, negou provimento ao agravo interno manifestado de decisão que negara seguimento à apelação – apreciou matéria de índole processual, concernente à suposta ocorrência de cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do contraditório, estranha ao julgamento da apelação. Por conseguinte, são incabíveis os embargos infringentes. 3. Recurso especial conhecido e improvido” (RESP 554.170/SE, DJU 27.11.2006)

Apesar da disposição vigente no sentido de que a admissibilidade dos embargos infringentes se faça depois das contra-razões, no nosso entender não existe óbice à inadmissão do recurso, de plano, caso seja flagrantemente intempestivo ou mesmo incabível. A apreciação depois das contra-razões possibilita ao relator analisar a admissibilidade com mais elementos, mas não veda um posicionamento imediato.

A imposição de cumprimento expresso da regra com condicionamento da decisão do relator à manifestação do agravado culmina com a movimentação da máquina do judiciário inutilmente, o que poderia ser evitado com esse pronunciamento inicial do relator. É fato que existe a possibilidade de não admissão do recurso. A questão de se saber se antes ou depois das contra razões, parece ficar enfraquecida.

Para Araken de Assis, mesmo em casos de flagrante intempestividade, não cabe ao relator rejeitá-los de imediato²⁸³. Num sentido contrário, em posição que compartilhamos, destaca-se o entendimento de Leonardo José Carneiro da Cunha para quem “nada impede que o relator do acórdão recorrido já lhes negue seguimento, antes mesmo de determinar a intimação do embargado, quando manifesto o descabimento do apelo”²⁸⁴.

José Rogério Cruz e Tucci critica a alteração da regra do artigo 531 do Código de Processo Civil, considerando-a um verdadeiro “retrocesso” na linha evolutiva do sistema recursal²⁸⁵.

²⁸³ Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 569.

²⁸⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 129. Faz-se referência nesse caso a um precedente do Superior Tribunal de Justiça (RESP 226.748/MA).

²⁸⁵ “Não obstante, merece ser criticada a regra do art. 531, que, primeiramente, faculta a manifestação do embargado, para somente em seguida ser examinada a admissibilidade do recurso. Realmente, não se entende tal alteração, que, inclusive, rompe o sistema, ao atritar com o preceito do art. 557, sendo agora, salvo melhor juízo, regra única na lei processual (com ligeira ressalva para o caso do art. 542, que, por sinal, é diverso”. Considerada

Assim sendo, no tocante ao *primeiro enfoque*, pode-se concluir que a regra do artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil somente se aplica à parte da admissão dos embargos infringentes²⁸⁶, na medida em que não colida com a disposição expressa do artigo 531 e 532 do mesmo diploma legal.

Em relação ao *segundo enfoque* acima identificado, deve-se analisar a possibilidade ou não de interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão proferida com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. Quanto a essa situação, a impossibilidade de interposição dos embargos infringentes não gera muita discussão, haja vista que o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil trata da hipótese em que o recurso é inadmitido ou mesmo, improvido, não existindo assim reforma da decisão de primeiro grau, mas sim sua manutenção²⁸⁷.

Nesse caso, o óbice à interposição se dá pela própria disposição do *caput* do artigo 530 do Código de Processo Civil. Não fosse isso o bastante, caso prevalecesse a antiga disposição do artigo 530 do Código de Processo Civil²⁸⁸, ainda

a linha evolutiva do Código, a presente alteração soa até como um retrocesso” (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed., São Paulo: RT, 2002, p. 124)

²⁸⁶ Somente na primeira hipótese, qual seja, *negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível*. Como consignado, admite-se a possibilidade do julgamento monocrático somente nesses casos e em determinadas circunstâncias, objetivando somente evitar o desnecessário processamento do recurso que flagrantemente é inadmissível. Nas outras duas hipóteses, quais sejam, *improcedente* ou em confronto com *súmula ou jurisprudência dominante* não é possível aplicar a regra do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil (o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que ao relator da apelação impugnada via embargos infringentes cabe apenas o exame dos requisitos de admissibilidade desse recurso, não sendo possível julgar, de plano, improcedente ou confrontante com a súmula ou entendimento dominante – RESP 226.748-MA).

²⁸⁷ Para Cândido Rangel Dinamarco “Não há dúvida de que a *Reforma da Reforma* negou de modo radical os embargos infringentes contra acórdão que profere algum desses juízos negativos de admissibilidade, porque em todo sistema processual os recursos existentes são aqueles que a lei indica e sob os pressupostos que a lei exige. Não se podem transplantar para o direito vigente os critérios que prevaleceram no ab-rogado, sob pena de alimentar *fantasmas* de uma ordem jurídica pretérita” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2ª Ed., p. 200/201).

²⁸⁸ Antes da alteração da redação do artigo 530 pela Lei 10.352/2001, bastava a existência de um voto vencido para viabilizar a interposição dos embargos infringentes, não sendo condição para admissão do recurso a reforma da decisão pela maioria.

assim não seria possível a interposição dos embargos infringentes, uma vez que não houve um pronunciamento colegiado, mas tão somente um pronunciamento do relator.

Por último, em relação ao *terceiro enfoque* acima identificado, deve-se analisar a possibilidade ou não de interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão proferida com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil. Dentre as três situações analisadas, essa é a mais importante por conta dos reflexos direto com tema em análise.

A divergência existente entre o prolator da sentença e o relator do recurso que julgou monocraticamente a apelação não é suficiente para justificar o cabimento dos embargos infringentes. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier destacam que nessas hipóteses em que existe um empate nos julgamentos monocráticos (primeiro grau x tribunal), não é possível a parte se insurgir via embargos infringentes, devendo, se o caso, ingressar com recurso especial e/ou extraordinário, na tentativa de reverter a decisão junto aos Tribunais Superiores²⁸⁹.

O recurso de embargos infringentes pressupõe, necessariamente, a existência de um voto vencido. A aferição da divergência, como visto, se dá pela conclusão do voto de cada um dos julgadores, o que, de plano, pressupõe a existência de mais de um julgador votando.

Caso o recurso de apelação seja provido, monocraticamente, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, reformando sentença proferida em primeira instância, não é possível o apelado se insurgir, via embargos

²⁸⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 132.

infringentes, na tentativa de restabelecer perante o próprio Tribunal a sentença que lhe era favorável.

Se a condição à admissão dos embargos infringentes é a existência de um voto vencido²⁹⁰, e ainda, o posterior pronunciamento colegiado, parece-nos não ser o caso de aplicar-se a regra do artigo 557 §1º-A do Código de Processo Civil²⁹¹.

Qualquer entendimento em sentido contrário, segundo Sérgio Shimura, traria uma “inversão de valores”, onde o voto monocrático do relator passaria a ter “mais peso” do que o da maioria²⁹². O recurso de embargos infringentes depende de um julgamento colegiado, onde o ponto da divergência deve ser analisado por todos os membros componentes do órgão julgador.

O objetivo de tentar fazer prevalecer o voto minoritário em relação aos demais, o que não seria possível num caso de julgamento monocrático com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil.

²⁹⁰ Nesse sentido, destaca Luiz Orione Neto: “*De igual modo, fica afastada da possibilidade dos embargos infringentes contra decisão monocrática de relator (art. 557 do CPC), ainda que no sentido do provimento do apelo, por falta do requisito do voto vencido*” (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 429).

²⁹¹ Não há como se admitir o julgamento monocrático dos infringentes se caracterizada uma das hipóteses do artigo 557, §1-A, ainda que a decisão seja colidente com o entendimento sumulado do Tribunal. Se se tratar de um caso que se encaixe nessa regra, a rejeição da pretensão da parte deve se dar pelo posicionamento do órgão julgador, depois de admitidos os infringentes. Partilha dessa opinião Leonardo José Carneiro da Cunha: “Não poderá o relator dar imediato provimento aos embargos infringentes, por decisão singular, caso o acórdão embargado esteja contrariando súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior (CPC, art. 557, §1º-A). Em outras palavras, caso o voto vencido, cujas conclusões pretende-se que prevaleçam, perfilhar orientação dominante ou já sumulada de tribunal superior, ainda assim não poderão ser providos, imediatamente, os embargos infringentes por decisão isolada do próprio relator do acórdão embargado. Isso porque tal procedimento afigura-se incompatível com sua sistemática, não sendo razoável que o relator, em decisão singular, contrarie o entendimento manifestado por um órgão colegiado” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 130).

²⁹² SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 518.

Em relação às duas hipóteses analisadas nos tópicos acima, deparamo-nos sempre com uma situação onde o recurso é improvido ou mesmo rejeitado de plano, mantendo-se por consequência a decisão recorrida foi mantida. Quanto à hipótese retratada no §1-A, surge um outro cenário onde a decisão é reformada por decisão monocrática do relator.

Contra essa decisão monocrática, insista-se, não é possível a interposição de recurso de embargos infringentes, haja vista a inexistência de uma decisão colegiada. No entanto, existe um meio para o recorrido para tentar reverter essa situação dentro do próprio tribunal.

O §1º do artigo 557 do Código de Processo Civil dispõe que contra a decisão do relator (*caput* e §1º-A) “caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”.

Nesse caso, se o relator não se retratar e a decisão (provimento do recurso) for mantida pela maioria votante, será possível o recorrido ingressar com recurso de embargos infringentes na tentativa de fazer prevalecer o voto minoritário. Araken de Assis²⁹³ compartilha desse entendimento, mencionando ainda o posicionamento de Barbosa Moreira e Manoel Caetano Ferreira Filho.

Por isso, no tocante ao *terceiro enfoque*, pode-se concluir que a regra do artigo 557, §1º-A do Código de Processo Civil não se aplica aos embargos

²⁹³ “É possível que o relator da apelação, valendo-se do art. 557, *caput* e §1º-A, haja individualmente provido a apelação interposta contra a sentença de mérito. Do ato singular do relator cabe agravo interno para órgão fracionário (art. 557, §1º). Ocorrendo divergência no julgamento do agravo, cabem embargos infringentes” (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 558).

infringentes, sendo possível a utilização desse recurso somente se decisão do relator for mantida pelo colegiado, por maioria de votos, quando do julgamento do agravo interno.

11. EMBARGOS INFRINGENTES E O MANDADO DE SEGURANÇA

O art. 833 do Código de Processo Civil de 1939 previa a possibilidade de interposição de embargos infringentes contra decisão não unânime proferida em mandado de segurança: *“Além dos casos em que os permitem os arts. 783, §2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado, quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objetivo de divergência”*.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 todo o regramento para o cabimento/processamento do mandado de segurança constava dos artigos 319 a 331 do referido diploma.

Com a edição da Lei 1533/51, foram estabelecidas regras específicas para o mandado de segurança, deixando a matéria de ser tratada pelo Código de Processo Civil. O artigo 20 dessa norma legal revogou as disposições constantes do Código de Processo Civil de 1939, não estabelecendo, no entanto, qualquer restrição expressa no sentido de não cabimento dos embargos infringentes em caso de julgamento não unânime.

Em virtude dessa alteração, a partir de então, surgiram discussões acerca do cabimento ou não dos embargos infringentes contra decisão não unânime proferida

no bojo de mandado de segurança. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 essas discussões continuaram e se estendem até os dias atuais.

O posicionamento em prol da não admissão do recurso se pautava na revogação das disposições do antigo código de 1939 e na inexistência de qualquer ressalva no código vigente. Com a edição de uma regra específica para o mandado de segurança, o entendimento era no sentido de que toda sistemática recursal estaria abordada na Lei 1533/51, onde não havia previsão de interposição de embargos infringentes.

De outro lado, o posicionamento em prol da admissão do recurso sustentava a inexistência de qualquer restrição à aplicação da regra geral prevista do Código de Processo Civil, uma vez que não colidente com a regra específica da Lei do mandado de segurança. Ou seja, se não existir restrição expressa, nenhum óbice à utilização da sistemática recursal do Código de Processo Civil.

A jurisprudência foi a primeira a pacificar seu entendimento. Não obstante os argumentos em favor da possibilidade de interposição de recurso de embargos infringentes contra decisão não unânime proferida em mandado de segurança, prevalece na jurisprudência a tese da inadmissibilidade do recurso tanto nos casos de apelação em mandado de segurança quanto nos casos de mandado de segurança originário. Nesse sentido, Supremo Tribunal Federal sumulou seu entendimento: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”²⁹⁴. Da mesma forma, de maneira até mais ampla, foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”²⁹⁵⁻²⁹⁶⁻²⁹⁷.

²⁹⁴ Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁵ Súmula 167 do Superior Tribunal de Justiça. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso especial 670.842/RJ, em acórdão relatado pela Ministra Laurita Vaz, assim se

A restrição ao cabimento dos embargos infringentes se estende aos casos de *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de injunção, incidente de uniformização de jurisprudência e declaração de inconstitucionalidade²⁹⁸.

Na contramão desse entendimento, conceituada parte da doutrina posicionou-se contrariamente às restrições. Celso Agrícola Barbi, em obra dedicada ao estudo do mandado de segurança, manifestou-se em favor da interposição dos embargos infringentes²⁹⁹. No mesmo sentido, destacam-se os posicionamentos de Arruda Alvim³⁰⁰, Barbosa Moreira³⁰¹, Sérgio Bermudes e Nelson Nery Jr³⁰².

posicionou: “1. São incabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido em sede de apelação em mandado de segurança. Incidência das Súmulas nº 597 do STF e 167 do STJ” (RESP 670.842/RJ, DJU 13.06.2005)

²⁹⁶ Sálvio de Figueiredo Teixeira é categórico: “No mais, excetuando-se o agravo de instrumento, cabível quando indeferida a apelação, assim com os embargos declaratórios, nas hipóteses legais, tem-se assentado que as demais decisões proferidas em mandado de segurança não comportam recurso. Em outras palavras, a Lei do Mandado de Segurança indica os recursos cabíveis, não se aplicando ao seu rito especial todas as normas recursais do Código de Processo Civil. Daí por que, segundo a súmula do STF (enunciado 597), não cabem embargos infringentes em mandado de segurança” (artigo intitulado “Mandado de segurança - apontamentos”, publicado na RT 624/11-20).

²⁹⁷ Nelson Luiz Pinto refere o entendimento dos tribunais superiores: “De acordo com a Súmula 169 do STJ, não se admitem embargos infringentes no processo de mandado de segurança. Trata-se de entendimento no mesmo sentido do que já se dispunha a anterior Súmula 597 do STF” (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 163). Ao lado da referência do entendimento sumulado, o autor colaciona ao texto decisão do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (Embargos infringentes nº 535.599-1/01, relator Juiz Carlos Bittar) onde se abordou com profundidade a divergência no âmbito doutrinário/jurisprudencial, sendo pertinente destacar trecho final da decisão: “De fato, a apontada incompatibilidade do uso desse recurso com a lei especial, *data máxima vênia*, não convence; a uma, porque esta não contém norma restritiva alguma; a duas, porque esse vácuo está a indicar a possibilidade, por força do princípio interpretativo de que onde a lei não proíbe não há falar em obstáculo à movimentação das partes. É o império do brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debeamus*”

²⁹⁸ Súmula 293 do Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola, *Do mandado de segurança*, 10, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 210/211.

³⁰⁰ Depois da entrada em vigor do CPC/73, Arruda Alvim já se posicionava favoravelmente à admissão dos infringentes em hipóteses de decisão proferida em sede de mandado de segurança: “Se o recurso que cabe, em Mandado de Segurança, é o de apelação, não há que se cogitar da natureza do tipo ou da finalidade do Mandado de Segurança, para não se usarem os embargos infringentes. Em sendo o recurso de apelação, e havendo um voto vencido, *ipso facto*, há de ser admitida a utilização dos embargos infringentes, no âmbito e na medida daquele voto vencido, isto é, há de se aplicar, sem dúvida alguma, a lei que admite o recurso de embargos infringentes ao Mandado de Segurança. À índole do Mandado de Segurança não houve lei que tenha emprestado relevância, de molde a vulnerar o raciocínio exposto” (REPRO 03/192).

³⁰¹ Depois de algumas considerações acerca da aplicação subsidiária das normas do código aos procedimentos regidos por leis especiais, Barbosa Moreira consigna: “Semelhante incompatibilidade, embora com argumentos inconvincentes, tem sido afirmada, em sede jurisprudencial, com relação ao processo do mandado de segurança, no qual, por isso, em regra se vêm considerando incabíveis os embargos”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 528)

³⁰² Nelson Nery Jr. e Rosa Andrade Nery, em comentário ao artigo 530 do Código de Processo Civil, defendem expressamente o cabimento dos embargos infringentes em casos de julgamento não unânime em

Realmente, parece-nos não se justificar a restrição imposta pela jurisprudência ao cabimento dos embargos infringentes. Uma vez admitido o recurso, nenhum prejuízo trará ao processo, devendo-se considerar durante o processamento do recurso a regra do efeito inerente aos embargos infringentes. A executoriedade da decisão mandamental não sofrerá qualquer limitação.

Como bem pondera Gisele Heloísa Cunha, não haveria qualquer razão para se trazer essa discussão por conta da edição da Lei 1533/51 se antes, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, nenhum óbice existia ao recurso de embargos infringentes. Pelo contrário, havia previsão expressa quanto ao cabimento.

Na sistemática recursal prevalece a máxima de que as disposições gerais se aplicam subsidiariamente às disposições específicas, desde que não haja qualquer contradição ou colidência³⁰³. Assim, se a norma geral não excetua os embargos infringentes em caso de decisão proferidas em mandado de segurança, e ainda, se a norma específica não impõe qualquer óbice específico à interposição de tal recurso, em que pese o entendimento da jurisprudência, parece-nos não existir restrição à utilização dos infringentes contra decisão na unânime proferida em mandado de segurança.

Se a Lei 1533/51 estabelecesse uma limitação na parte recursal, em especial, em relação aos infringentes, não haveria dúvida quanto ao acerto do entendimento sumulado. Todavia, não é isso que ocorreu. Se se concluir pela

mandado de segurança. A justificativa para tanto é no sentido de que as disposições do Código de Processo Civil devem ser aplicadas subsidiariamente às disposições específicas, desde que não haja colidência, o que seria o caso. Segundo os juristas, seria o momento “de os tribunais superiores revisarem suas súmulas restritivas dos EI em mandado de segurança” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado*, 9ª ed., RT, São Paulo, p. 780).

³⁰³ Para Arruda Alvim: “Toda vez que haja uma dúvida entre a aplicabilidade do Código e sua não aplicabilidade, é evidente que se há de propender pela aplicabilidade do Código” (REPRO 3/192).

limitação, não se poderia admitir, por exemplo, a interposição de recurso de embargos de declaração com o objetivo de sanar alguma obscuridade na decisão proferida no mandado de segurança.

A interpretação da norma legal não pode sofrer limitações por conta do posicionamento da jurisprudência. Não há como se negar o papel de destaque da jurisprudência dentro do ordenamento jurídico³⁰⁴. Contudo, esse posicionamento deve ser analisado com prudência, deixando de lado a necessidade de constante revisão das interpretações já realizadas no passado.

Não obstante o entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores, existe a possibilidade da parte se deparar com uma situação particular onde o Tribunal local ou mesmo a Câmara/Turma julgadora entenda ser o caso de interposição de infringentes contra decisão proferida em mandado de segurança. Diante da necessidade de esgotamento das vias ordinárias como condição para interposição/processamento de recurso especial e/ou extraordinário, essa situação pode trazer complicações para o recorrente.

Nesse caso, como deve proceder? Sergio Shimura, analisando essa hipótese, entende que em face das súmulas editadas pelos Tribunais Superiores “o caminho é ingressar desde logo com o especial”³⁰⁵. Marcelo Negri, retratando também essa situação, dá uma saída interessante para o recorrente, ao menos, resguardar seu direito: “No caso de remanescer turma ou câmara se posicionamento pelo cabimento dos embargos infringentes, para salvaguarda do direito da parte, muito embora seja

³⁰⁴ “Observamos que a jurisprudência, como é notório, desempenha papel importantíssimo no nosso sistema jurídico. Entretanto, nossa ordem jurídica não permite que se substitua a lei pela jurisprudência, devendo aquele anteceder a aplicação desta”. (CUNHA, Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 106).

³⁰⁵ SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 506.

reconhecida a atecnia desse procedimento, é recomendável a interposição desde logo dos recursos excepcionais a fim de prevenir o risco de esgotamento do prazo recursal”³⁰⁶.

A divergência no entendimento do tribunal local, por evidente, não pode prejudicar o direito do recorrente. Por isso, como abordado em tópico dedicado à análise das novas regras do recurso, diante desse impasse, parece ser o caso de interposição do recurso de embargos infringentes e também dos recursos extraordinários, com as devidas ressalvas.

Na hipótese do recurso de embargos infringentes ser admitido, quando da publicação do acórdão, o recorrente deverá tomar as providências necessárias no sentido de retificar ou re-ratificar as razões do recurso especial e/ou extraordinário já interposto³⁰⁷. Já se o recurso de embargos infringentes não for admitido, deve ser processado do recurso especial e/ou extraordinário.

Na situação aqui retratada, parte-se da premissa que a divergência que deu amparo à interposição dos embargos infringentes foi total. Por isso, os infringentes englobariam toda a questão de fundo. Se a situação fosse outra, onde a divergência fosse somente em parte do acórdão (em pedido, por exemplo), em relação à parte unânime não há dúvida que a parte deveria ingressar com recurso endereça para os tribunais superiores, nos moldes e prazo disposto no artigo 498 do Código de Processo Civil.

³⁰⁶ NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 266/267.

³⁰⁷ Com as alterações impostas pela Lei 10.352/2001, o recorrente não precisa, como antes, ingressar de uma só vez com o recurso de embargos infringentes (parte não unânime) e com o recurso especial/extraordinário (parte unânime). Antes, pela regra vigente até a entrada em vigor dessa alteração, o recorrente deveria adotar esse procedimento. Por isso, no caso do recurso de embargos infringentes não ser conhecido, necessariamente, o recorrente deveria ratificar o recurso especial e/ou extraordinário já interposto, sob pena de não conhecimento do mesmo.

As particularidades do recurso especial/extraordinário e dos embargos infringentes inviabilizam até mesmo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal caso o recorrente opte por ingressar com um único recurso. Ou seja, não seria possível o recorrente, diante de uma divergência de entendimento no tribunal local, ingressar com recurso de embargos infringentes, requerendo a aplicação do princípio da fungibilidade, caso se entendesse não ser cabível o recurso.

12. EMBARGOS INFRINGENTES E O REEXAME NECESSÁRIO

O artigo 475 do Código de Processo Civil estabelece que “Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença” proferida contra a União, o Estado, o Município, o Distrito Federal, e a respectivas autarquias e fundações de direito público. O inciso II desse mesmo dispositivo estabelece ainda a remessa necessária em casos de acolhimento de embargos à execução, total ou parcial, de dívida ativa da Fazenda Pública.

Segundo Nelson Nery Jr. a remessa necessária é uma medida tradicional no direito brasileiro, sem qualquer correspondente no direito comparado³⁰⁸. A remessa necessária, também conhecida como recurso *ex-officio* sempre foi objeto de constante análise sobre sua efetiva natureza jurídica.

Atualmente, pacificado o entendimento no sentido de que não se trata de um recurso propriamente dito, haja vista a divergência de princípios que o rege e as características que lhe são peculiares. No caso, não tem natureza jurídica de recurso porque, por exemplo, não se faz presente a dialeticidade, a voluntariedade, requisitos, dentre outros, essenciais na sistemática recursal³⁰⁹.

³⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, p. 76.

³⁰⁹ Ainda sobre o tema, pertinentes as considerações de Nelson Nery Jr. “O recurso para ser considerado como tal deve estar expressamente previsto no CPC ou em lei federal extravagante. Como a remessa obrigatória

A remessa necessária sempre foi muito criticada. Não obstante, na mesma reforma que levou à adequação dos embargos infringentes, foram inseridas novas disposições no *caput* do artigo 475, mantendo-se, portanto, o instituto. É interessante destacar que as demais disposições do artigo 475, em especial, a partir da letra “a”, não têm qualquer relação com a remessa necessária, estando inclusive inserida em outro capítulo do código.

Em relação ao tema em análise, o entendimento majoritário da doutrina³¹⁰⁻³¹¹⁻³¹² e da jurisprudência³¹³ sempre foi (tem sido) no sentido de se admitir os embargos infringentes contra decisão proferida em caso de remessa necessária³¹⁴. O

não se encontra descrita no CPC como recurso (como era, erroneamente, tratada no CPC/39 822), falta-lhe a tipicidade, pois os recursos são enumerados na lei em *numerus clausus*” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, 2004, RT, p. 77).

³¹⁰ Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, em relação ao tema, posicionam-se: “Ainda sobre a hipótese de cabimento dos embargos infringentes, cumpre salientar que, embora se tenha antes dito que o duplo grau necessário não se consubstancia em recurso, deve-se considerar serem cabíveis os embargos infringentes quando de remessa obrigatória se tratar” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 135)

³¹¹ Para Ernane Fidélis dos Santos “O reexame obrigatório não é recurso. Neste caso, se a parte foi vencida em primeira instância e não recorreu, conformou-se com a sentença. Mas, se vencedora, passou a ser vencida por maioria de votos, pode embargar porque o interesse nasceu com o julgamento. A jurisprudência, contudo, é discrepante, neste particular, e a tendência parece ser a de se admitirem embargos infringentes, no reexame necessário, sempre que houver voto vencido e a sentença houver sido reformada (art. 530).” (SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 674).

³¹² ASSIS, Araken de, *Admissibilidade dos embargos Infringentes em Reexame Necessário*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2001, p. 133/134.

³¹³ Perante o Superior Tribunal de Justiça existem decisões em ambos sentidos. Em acórdão relatado pelo Ministro Gilson Dipp, constou o seguinte destaque na emenda: “I – Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, não são cabíveis embargos infringentes contra decisão proferida, por maioria, em remessa necessária” (RESP 402.970/RS). Em sentido oposto, destaca-se o acórdão relatado pelo Ministro Francisco Falcão onde constou o seguinte destaque na ementa: “IV – No julgamento do Recurso Especial nº485.743/ES, relatado pelo Eminentíssimo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJ de 02/02/2004), a Egrégia Primeira Turma desta Corte firmou entendimento no sentido de que são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão não unânime proferida em sede de remessa ex officio” (RESP 705.982/RS). Nessa mesma linha, foi o entendimento no julgamento do RESP 604.538/PR.

O Supremo Tribunal, antes da criação do Superior Tribunal de Justiça, admitia os embargos infringentes em casos de remessa necessária (RE 113.741/RS). Em outros casos, o entendimento foi no mesmo sentido (RTJ 94/801 e 91/1079). O extinto TFR, inclusive, sumulou entendimento no sentido da admissão dos infringentes: Súmula 77 do TFR “Cabem embargos infringentes a acórdão não-unânime proferido em remessa *ex officio* (CPC475)”

³¹⁴ Segundo Barbosa Moreira, razões de ordem sistemática autorizam a utilização dos embargos infringentes em casos de remessa necessária: “Embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão dos embargos infringentes contra acórdãos que por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art. 475)” (BARBOSA

argumento para justificar essa posição é que a remessa necessária tem, efetivamente, a eficácia de um recurso de apelação³¹⁵.

Ao se reconhecer essa “eficácia”, não significa dizer que se reconhecem as mesmas características inerentes aos recursos. Prevalece o quanto acima disposto acerca da natureza jurídica da remessa necessária, mas reconhece-se, por conta do resultado que a mesma traz, a similaridade com o resultado que é alcançado somente com o recurso de apelação.

Em sentido contrário, milita o entendimento de que por não ser a remessa necessária efetivamente um recurso, não haveria que se falar em cabimento de embargos infringentes³¹⁶. Se a regra do artigo 530 é expressa e delimita as hipóteses de apelação e ação rescisória, não sendo a remessa necessária uma apelação propriamente dita, não seria possível, em caso de divergência, a interposição de recurso com o fito de fazer prevalecer o voto minoritário³¹⁷.

Apesar de reconhecer a existência de argumentos em prol da tese da inadmissão de embargos infringentes em casos de remessa necessária, parece-nos que realmente deva prevalecer o entendimento majoritário no sentido da aceitação do

MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 530)

³¹⁵ Como bem pondera Sergio Shimura “Embora não seja tecnicamente recurso, tem o mesmo procedimento e eficácia da apelação” SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 506.

³¹⁶ Para Bernardo Pimentel Souza não tem sentido se admitir os embargos infringentes em casos de remessa necessária. No seu entender “Fixada a premissa de que o instituto do artigo 475 não tem natureza recursal, já é possível solucionar o problema do cabimento dos embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em remessa obrigatória. Ainda que muito respeitável o entendimento em prol do cabimento, a resposta negativa parece ser a melhor, pois a remessa obrigatória não pode ser confundida com o recurso de apelação, e o artigo 530 não inclui o reexame necessário entre as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes” (SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, São Paulo, 2007, 4ª Edição, Saraiva, p. 360). Referido autor, destaca o posicionamento de Hermann Roenick no mesmo sentido,

³¹⁷ O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos embargos de divergência nº 168.837/RJ, concluiu pela impossibilidade de processamento de embargos infringentes em casos de remessa necessária, sob o fundamento de que deve ser feita uma interpretação restritiva do instituto.

recurso nessas hipóteses. Se o resultado final do recurso *ex-officio* poderá culminar com a reforma da decisão proferida em primeiro grau, não há qualquer justificativa à inserção de obstáculos aos infringentes.

Como bem aborda Flávio Cheim Jorge, o julgamento do recurso *ex-officio* ocorre “da mesma forma que a apelação”³¹⁸. Ou seja, apesar das características diversas e as peculiaridades no processamento do recurso/devolutividade da matéria para o órgão julgador, deve-se levar em conta o resultado final para se concluir pela admissão dos infringentes.

Ao se optar pela impossibilidade da utilização dos infringentes, poder-se-ia chegar numa situação absurda, onde seria até mais interessante ao ente público deixar de interpor recurso de apelação³¹⁹⁻³²⁰ para, caso reformada a decisão, a parte contrária não ter como recorrer da decisão do Tribunal³²¹.

³¹⁸ Flávio Cheim Jorge, ao analisar o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em alguns casos, inadmitindo os infringentes em remessa necessária, é enfático: “esse entendimento não deve prevalecer. Apesar de a remessa não ser considerada um recurso, o seu procedimento, ou propriamente, o seu julgamento, se dá da mesma forma que a apelação. Através da remessa necessária, o Tribunal tem um amplo poder de reexaminar a causa, podendo, perfeitamente, por exemplo, reformar, por maioria, a sentença que era contrária à Fazenda Pública”. (JORGE, Flávio Cheim, *Embargos infringente: uma visão atual*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: RT, 1999, p. 290).

³¹⁹ Nesse caso, por evidente, optando pelo processamento da remessa necessária, com a devolução para o Tribunal de toda a matéria em discussão.

³²⁰ Leonardo José Carneiro da Cunha utiliza o argumento que levou à edição da Súmula 45 do STJ que veda a *reformatio in pejus* na remessa necessária para justificar o cabimento dos infringentes em caso de julgamento por maioria: “Essa mesma premissa deveria servir de fundamento para se permitir o cabimento dos embargos infringentes do julgamento, não unânime, da remessa obrigatória. Isso porque, da mesma forma que sucede no julgamento da apelação, ao decidir o reexame necessário o tribunal reanalisa a sentença, proferindo nova decisão que irá substituí-la (CPC, art. 512), sem poder agravar a situação da Fazenda Pública. Nesse caso, havendo divergência, não há para não se permitir os embargos infringentes”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 117).

³²¹ Nelson Rodrigues Netto aborda bem essa hipótese: “Ora, não havendo apelação, os autos subirão ao Tribunal da mesma forma, *ex vi* do artigo 475, inciso I. Não se admitindo os embargos infringentes, por hipótese, e vindo a sentença a ser reformada por maioria de votos, acabar-se-ia concluindo que teria sido mais interessante à União se não tivesse apelado, o que não se coaduna com uma interpretação lógica e racional do ordenamento processual” (RODRIGUES NETTO, Nelson, *Recursos no processo civil*, São Paulo, 2004, Dialética, p. 138).

Diante desse cenário, apesar da remessa necessária não ser efetivamente um recurso, pode-se concluir pelo cabimento dos embargos infringentes sempre que houve reforma, por maioria de votos, nos casos elencados no artigo 475 do Código de Processo Civil.

13. EMBARGOS INFRINGENTES E O AGRAVO DE INSTRUMENTO/AGRAVO RETIDO

Antes mesmo das alterações impostas pela Lei nº 10352/2001, já existia divergência acerca do cabimento ou não dos embargos infringentes contra decisão proferida em sede de agravo, condicionando-se o cabimento aos casos em que a divergência estivesse relacionada com o mérito da discussão.

A razão era simples. Toda vez que a decisão colegiada, no bojo do agravo, culminasse com a apreciação de uma questão de fundo, justificável a interposição dos infringentes com o objetivo de fazer valer o voto minoritário. Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça chegou inclusive a sumular entendimento no seguinte sentido: Súmula 255 “Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

A ampliação do alcance dos infringentes também para decisões proferidas em sede de agravo retido era bem aceita por parte da doutrina³²²⁻³²³ e da

³²² J. E. Carreira Alvim se posiciona favoravelmente à admissão dos embargos infringentes quando no agravo de instrumento se julgar matéria de mérito. Destaca o posicionamento, no mesmo sentido, de Ernane Fidélis dos Santos, Egas Moniz de Aragão e Sérgio Bermudes. Faz-se menção ainda ao posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra clássica editada no início da década de 90, a respeito do recurso de agravo de instrumento, onde, especificamente, em relação aos infringentes, destacou-se: “Por isso é que nos inclinaríamos a considerar cabíveis os embargos infringentes contra julgamento de agravo quando este pudesse versar matéria de sentença, ou seja, quando sua apreciação e o seu julgamento; no sentido de se prover o seu recurso, trouxesse como resultado o trancamento do processo” (ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil*: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 182)

³²³ Gisele Heloísa Cunha faz uma profunda análise da questão, concluindo: “Queremos com isto dizer que o fato de o órgão prolator da decisão haver decidido a lide apreciando a questão pela primeira vez, seja ou não para decidir o mérito, é que torna possível o cabimento dos embargos infringentes, em havendo dissídio da

jurisprudência³²⁴, desde que caracterizada a vinculação com o mérito do recurso de apelação. No entanto, existia alguma resistência, podendo-se destacar o posicionamento de Galeno Lacerda³²⁵.

Portanto, em situações em que o agravo retido foi provido por maioria sobre matéria de mérito, acarretando a extinção do processo, possibilita a interposição dos embargos infringentes³²⁶.

Nesse sentido, é necessário que seja feita uma delimitação do que viria a ser *matéria de mérito*. Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que "quando se assevera que o agravo retido pode versar matéria de mérito, e que, às vezes, do julgamento do agravo pode resultar uma decisão que tenha essência de sentença, porque se encarta em um dos dispositivos que prevêm quais os conteúdos pode ter o ato sentencial (art. 267 ou art. 269). Nestes casos, diríamos, acolhido o agravo retido, a decisão do Tribunal seria um acórdão-sentença e não um acórdão-decisão interlocutória"³²⁷.

Nelson Nery Jr. compartilhava do entendimento acima, justificando a possibilidade de interposição dos infringentes quando a questão fosse analisada preliminarmente ao recurso de apelação³²⁸. Contudo, diante das alterações na regras de cabimento dos infringentes, com restrição das hipóteses de cabimento, o autor alterou

câmara julgadora (...). A partir dessas considerações, procuraremos demonstrar por que, em nosso sentir, cabem embargos infringentes contra acórdãos proferidos em agravos de instrumento e agravos retidos, *em condições especialíssimas*, contudo". (Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 124/124)

³²⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do agravo regimental nº596.160.291, não obstante tenha negado provimento ao recurso, deixou consignado que somente seria possível a interposição de infringentes "se tivesse o agravo enfrentado o mérito". (RJTJRS 180/225)

³²⁵ Revista de jurisprudência do TJRS 99/245. Nesse mesmo sentido, destaca-se o posicionamento da Primeira Turma do STJ quando do julgamento do Agravo regimental nos embargos de declaração no RESP 829.722/SC, DJU 17.10.2006.

³²⁶ Moniz de Aragão sustenta: "Mesmo em se tratando de agravo que haja ficado retido para ser apreciado por ocasião do julgamento da apelação (art. 522, §1º), cabem embargos, pois já não se pode mais reserva-los apenas para o debate dos assuntos que integram o mérito da causa, como sucedia anteriormente" (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 112).

³²⁷ Teresa Arruda Alvim, *Agravo de Instrumento*, RT, p. 253.

³²⁸ NERY JUNIOR, Nelson, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*, 9ª ed., São Paulo, RT, comentário ao artigo 530.

sua posição, passando a figurar como mais um que defende o não cabimento em tais situações³²⁹.

Apesar da forma distinta de processamento do agravo de instrumento e do agravo retido, o conceito é o mesmo para os dois tipos de recurso. Para a admissão dos infringentes, a decisão proferida no bojo do recurso interposto contra decisão interlocutória deve ter apreciado e decidido questão de mérito da demanda.

A questão sempre foi analisada com mais profundidade em relação ao agravo retido³³⁰, uma vez que toda a discussão surgia nos casos em que referido recurso era decidido preliminarmente à apelação, ensejando muitas vezes a prejudicialidade da última (por exemplo, no acolhimento de uma preliminar de prescrição rejeitada em primeiro grau e atacada via agravo retido). Prova disso é a edição da Súmula 255, fruto de ampla discussão e pacificação no âmbito do Tribunal superior.

Todavia, por evidente, o critério em relação ao agravo de instrumento é o mesmo. Hoje as hipóteses de cabimento de agravo instrumento e retido são bem

³²⁹ O entendimento atual de Nelson Nery Jr. é no seguinte sentido: “Quando a divergência situar-se unicamente na preliminar de agravo retido (CPC 523,§1º), essa circunstância não enseja a interposição de embargos infringentes. Isto porque o pressuposto da embargabilidade é que a divergência se situe no recurso de apelação ou na ação rescisória. O agravo retido é outro recurso, diverso do de apelação. Esta só se presta a servir-se de veículo para que o agravo retido chegue ao conhecimento do tribunal”. Em nota de rodapé onde se faz referência à doutrina sobre o tema, o autor justifica a alteração do seu entendimento: “Admitíamos os embargos infringentes contra acórdão proferido no agravo de instrumento que, pelo julgamento do tribunal, fizesse as vezes de sentença. (...) Entretanto, pela modificação das hipóteses de cabimento do recurso, no direito vigente não é mais possível alvitrar-se essa solução.” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 440, nota 602)

³³⁰ José Frederico Marques se posicionava no seguinte sentido: “se a não-unanimidade se verificou no julgamento do agravo retido de que possa resultar a extinção do processo sem a apreciação do mérito, cabível será o recurso de embargos” (MARQUES, José Frederico, *Manual de direito processual*, São Paulo, Saraiva, p. 159). Moacyr Amaral Santos compartilha desse entendimento: “Os embargos poderão ter por objeto questão preliminar, ou prejudicial, inclusive quando apreciada e decidida em agravo retido, e de cuja solução possa resultar a extinção do processo sem julgamento do mérito” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva, vol. 3, p. 138).

delimitadas, mas não existe qualquer óbice à interposição de um ou outro no caso de preliminar de prescrição e decadência.

Ao se admitir os infringentes em julgamento de agravo de instrumento ou retido, não se faz de maneira aleatória e genérica. Somente, repita-se, em casos específicos é possível se tentar fazer prevalecer do voto vencido proferido quando do julgamento de recurso de agravo³³¹.

Com a nova redação do artigo 530, não há que se falar em qualquer mudança nesse posicionamento favorável ao cabimento dos infringentes em casos de decisão proferida no bojo de agravo. A nova sistemática somente restringiu as hipóteses de cabimento dos infringentes, prevalecendo a condição de reforma da decisão recorrida.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier entendem que mesmo com a nova regra do artigo 530 devem ser admitidos os embargos infringentes sempre que a decisão proferida no bojo do agravo “ponha fim ao processo por decadência ou prescrição”³³². Na mesma linha, destaca-se o posicionamento do Sérgio Shimura³³³ e Ernane Fidélis dos Santos³³⁴.

³³¹ A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do ERESP 276.107/GO, concluiu pela possibilidade de utilização dos embargos infringentes contra decisão por maioria proferida no julgamento de agravo de instrumento, constando da ementa: “- São cabíveis embargos infringentes contra decisão majoritária proferida em agravo de instrumento, quando neste for decidida matéria de mérito. – Posicionamento adotado pela eg. Corte Especial, em agravo retido, aplicável à espécie, em face do entendimento de que o conteúdo da matéria decidida e não a natureza do recurso, é que define o cabimento dos embargos infringentes. – Embargos de divergência acolhidos” (ERESP 276.107/GO – DJU 25.08.2003). Não obstante essa decisão, em decisão posterior, a Quinta Turma do Tribunal Superior, decidiu pela inadmissibilidade dos embargos infringentes contra decisão proferida em sede de agravo de instrumento em razão da expressa disposição do artigo 530 do Código de Processo Civil” (RESP710.094/SC – DJU 21.11.2005).

³³² E continuam “Neste caso, dispensa-se o requisito de haver sentença anterior de mérito julgando precedente a ação, por impossível de ser preenchido. Mas parece que a *ratio essendi* do novo art. 530 recomenda que o recurso de embargos infringentes continue a ser cabível nesta hipótese” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 135).

³³³ “Como dito, a regra é a do cabimento dos embargos infringentes contra acórdãos não-unânicos proferidos em sede de apelação e ação rescisória. Entretanto, na linha da intenção do legislador, que teve em mente os embargos infringentes contra acórdão *extintivo* do processo, já se propugnava, e com razão, pela

Bem se delimita, assim, o cabimento dos infringentes contra acórdão não unânime que tenha influência direta na questão de fundo, dando ensejo à extinção do feito com julgamento do mérito.

Numa hipótese em que, quando do saneamento do feito, o juiz de primeiro grau rejeita preliminar de prescrição e determina a abertura da instrução, o réu da ação pode se insurgir contra essa decisão via agravo de instrumento, objetivando a reforma da decisão antes mesmo da prolação da sentença. Nessa hipótese, caso o posicionamento seja, por maioria, pelo acolhimento da preliminar de prescrição (artigo 269, IV, do Código de Processo Civil), como esse resultado terá efeito direto na ação que se processa em primeiro grau, cabível os embargos infringentes por parte do autor na tentativa de fazer prevalecer o voto vencido.

Nessa mesma hipótese, o réu pode optar pela interposição do agravo retido. Se isso ocorrer, somente ocorrerá um diferimento na apreciação dessa questão por parte do tribunal, que ocorrerá preliminarmente ao julgamento da apelação³³⁵.

Não obstante os argumentos em sentido contrário, sem sentido restringir o cabimento dos infringentes contra decisão proferida em sede de agravo sob o simples argumento de que a norma não prevê tal possibilidade. Se a apreciação da preliminar

admissibilidade contra decisões exaradas em agravo, retido, de instrumento ou *regimental* (interno, por petição), quando tinham a mesma força da apelação. Tal entendimento continua válido no sistema da reforma de 2001” (SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 507).

³³⁴ “Cabíveis apenas em relação à apelação e à ação rescisória, ficam excluídos da incidência dos embargos infringentes o agravo de instrumento, o retido e o recurso extraordinário. Pode o tribunal, contudo, apreciando o agravo retido, julgar matéria de mérito, como seria o caso da prescrição, ou, então, decidir sobre matéria que não está sujeita à preclusão e que não comportava recurso, portanto. Os embargos são cabíveis, exatamente pela impropriedade do veículo usado pelo tribunal, para a solução da questão” (SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 673).

³³⁵ Por se tratar de questão de ordem pública, mesmo que não haja interposição de agravo, não há que se falar em preclusão, sendo possível a reapreciação da questão quando do julgamento em primeiro grau e no tribunal, independentemente da interposição de recurso.

tivesse ocorrido somente quando da prolação da sentença, fora de dúvida que a questão seria objeto de recurso de embargos infringentes, se houvesse divergência no julgamento. Por isso, se a apreciação se deu numa etapa anterior (saneamento), é razoável que o critério seja o mesmo.

Assim sendo, sempre que a matéria tratada no bojo do agravo interposto contra decisão interlocutória tiver reflexo direto no mérito da demanda, entendemos ser viável a utilização dos embargos infringentes com o objetivo de tentar fazer prevalecer o voto vencido.

14. EMBARGOS INFRINGENTES E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Segundo Nelson Nery Jr., além dos efeitos tradicionais inerentes aos recursos (devolutivo e suspensivo), existe ainda um sub-tipo intitulado efeito translativo³³⁶. Por esse efeito, além da matéria devolvida para análise por conta da interposição do recurso, com expressa delimitação da irresignação por parte do recorrente, o órgão julgador pode analisar e decidir matéria de ordem pública a cujo respeito não gera preclusão.

Não há dúvida que, em sede recursal, as questões de ordem pública são devolvidas para o órgão julgador independentemente da apreciação expressa pelo órgão *a quo*. Contudo, pelas particularidades do recurso de embargos infringentes,

³³⁶ Para Nelson Nery Jr. “Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões e contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, CPC 267, §3º e 301 §4º). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada no CPC 515 §§1º a 3º e 516. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso de apelação por força do CPC 515 §§1º a 3º. Da mesma forma, ficam transferidas para o tribunal *ad quem* as questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, nada obstante tenham sido suscitadas e discutidas no processo.” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 482)

seria possível a dedução no bojo desse recurso de matéria que não foi objeto de divergência?

A questão, como outras que envolvem o instituto dos embargos infringentes, gera discussão e posições divergentes. No caso, coloca-se em análise a possibilidade ou não da questão de ordem pública, não suscitada em nenhum momento no curso do feito, e, portanto, não objeto da divergência, ser deduzida no bojo dos embargos infringentes.

Os embargos infringentes estão encartados na categoria dos *recursos ordinários*, aplicando-se, por isso, a disposição do artigo 267, §3º, do Código de Processo Civil que estabelece a possibilidade do juiz conhecer de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, todas as questões de ordem pública³³⁷.

A interpretação dessa norma geral deve ser feita em consonância com a norma específica que estabelece as hipóteses de cabimento do recurso de embargos infringentes. Como todo regramento processual, deve-se tentar sempre extrair a melhor e mais adequada interpretação do dispositivo, evitando-se a desconfiguração do instituto.

Numa primeira análise da disposição inserta no artigo 530 do Código de Processo Civil, parece não haver dúvida que o objeto dos embargos infringentes tem relação direta com a divergência existente no julgamento, ou seja, de algo que foi apreciado e decidido.

³³⁷ O recurso especial e o recurso extraordinário são considerados *recursos extraordinários ou excepcionais*, justificando-se a discussão acerca da impossibilidade de dedução, de ofício, das questões de ordem pública quando não objeto do recurso. No caso, o óbice imposto é pelo fato da matéria não ter sido previamente questionada, não sendo possível o Tribunal Superior analisar a matéria (instância especial).

No entanto, não se pode perder de vista a disposição geral inserta no artigo 267, §3º, do Código de Processo Civil. Se os embargos infringentes para todos efeitos se encartam na categoria dos *recursos ordinários*, qual razão para não aplicação dessa regra?

Ernane Fidélis dos Santos é totalmente contrário à possibilidade da questão de ordem pública ser deduzida ou mesmo analisada em sede de embargos infringentes. Para o autor “rigorosa, todavia, é a limitação dos embargos infringentes. Sua incidência fica única e exclusivamente restrita à matéria que é objeto de divergência. Em grau de embargos, a não ser que faça parte da matéria em desacordo, não pode o tribunal conhecer nem daquele que seria de interesse público e que, na apelação, exigiria o conhecimento de ofício, como as nulidades absolutas, os pressupostos processuais, incluindo coisa julgada, litispendência e perempção (art. 267, §3º)”³³⁸⁻³³⁹.

Em sentido contrário, destaca-se o posicionamento de Nelson Nery Jr. para quem “quando se tratar de questão de ordem pública, a cujo respeito não se exige iniciativa da parte e que não se sujeita à preclusão, deve o tribunal, no julgamento dos embargos infringentes, sobre ela pronunciar-se de ofício, nada obstante não tenha sido essa matéria objeto de divergência. Não por força do efeito devolutivo dos embargos, que no caso não ocorre, mas sim *ex vi* do efeito translativo”³⁴⁰.

³³⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 673.

³³⁹ Nesse sentido, RESP 8405/SP, DJU 18.05.92.

³⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 439.

Com o mesmo entendimento, destacam-se os posicionamentos de Araken de Assis³⁴¹ Luiz Orione Neto³⁴², Flávio Cheim Jorge³⁴³ e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior³⁴⁴.

Por conta do quanto acima consignado, parece-nos mais acertado o segundo posicionamento³⁴⁵. A partir do momento que as questões de ordem pública ficam transferidas à apreciação do órgão julgador³⁴⁶, admitido o processamento do

³⁴¹ “Incluem-se no âmbito do efeito devolutivo (limitado ao voto vencido) dos embargos infringentes, bem como no da apelação, quaisquer questões que tocariam ao órgão judiciário examinar *ex officio*, tenha ocorrido, ou não, divergência, a seu respeito no julgamento originário. É claro que, para esse efeito, os embargos devem ser conhecidos. Porém, ultrapassado o juízo de admissibilidade, também se devolvem tais matérias, principalmente as relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, insuscetíveis de preclusão para os órgãos fracionários de segundo grau (art. 267, §3º)” (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 565/566).

³⁴² Em referência a comentários feitos por Nelson Luiz Pinto, em obra dedicada ao tema, Luiz Orione Neto se posiciona: “não temos dúvida em perfilhar o primeiro entendimento [no caso, pautado na posição do Prof. Nelson Nery Jr]”. (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 436).

³⁴³ Para Flávio Cheim Jorge “o fato de os embargos infringentes terem o efeito devolutivo restrito ou limitado, não impede que o Tribunal conheça de ofício alguma questão de ordem pública” (JORGE, Flávio Cheim, *Embargos infringente: uma visão atual*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: RT, 1999, p. 290).

³⁴⁴ Em artigo onde se abordou especificamente as alterações impostas ao recurso de embargos infringentes, trouxe o autor para discussão questão que sempre foi objeto de divergências. (DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Embargos infringentes – Recentes modificações*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 7 série, p. 37). Ao comentar um precedente do Superior Tribunal de Justiça (EI na AR 195-0/DF), o mesmo autor destaca “a discussão sobre a possibilidade ou não de o tribunal examinar de ofício questão de ordem pública que não seja objeto do recurso de embargos infringentes não se passa no campo do efeito devolutivo, que é restrito à divergência, mas, sim, no campo do efeito translativo, que se relaciona com o princípio inquisitório, autorizando o juiz ou tribunal a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso. Refere-se o mencionado efeito ao conhecimento de questões de ordem pública, a qual deve ser conhecida de ofício pelo juiz e é insuscetível de preclusão, nos termos dos art. 267, §3º”. (*Repro* 102/299)

³⁴⁵ Arruda Alvim, em comentários ao artigo 530 do Código de Processo Civil, destaca a limitação da matéria a ser analisada, ressaltando a devolução da matéria aferível de ofício: “Em se tratando de embargos infringentes ao julgado, cuja profundidade legal da devolução é menor do que na apelação – art. 515, §§ 1º e 2º - opostos com fundamento em voto vencido, o poder do órgão competente para o julgamento de tais embargos confinar-se-á tão-só ao âmbito da divergência do voto vencido para com dispositivo no acórdão (art. 530), salientando-se que em todos os casos os recursos considerados até o momento, o órgão de segundo grau tem poderes de reexame do direito, bem como dos fatos, embora, nesses embargos, se a divergência não tiver sido total, dito reexame, de fato e de direito, confinar-se-á à extensão da divergência, e na medida dos próprios embargos, salvo em se tratando de matéria de conhecimento oficioso, ‘v.g.’, art. art. 267, §3º” (Arruda Alvim, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, RT, p. 22).

³⁴⁶ Nelson Luiz Pinto destaca a existência de posicionamento nos dois sentidos, ou seja, admitindo e não admitindo a análise de questões de ordem pública no bojo de recurso de embargos infringentes. Nos dois precedentes do extinto Tribunal de Alçada de São Paulo, no primeiro afastou-se o cabimento do recurso pelo fundamento de não ser matéria “objeto de divergência”, ao passo que no segundo se admitiu o recurso pelo simples fato de se tratar de matéria de ordem pública no âmbito da instância ordinária. Numa outra passagem, ao analisar a questão, pondera: “Somente as questões de ordem pública poderão ser conhecidas quando do julgamento dos embargos infringentes, por provocação da parte ou de ofício, ainda que não tenham sido objeto de apreciação no acórdão embargado, ou mesmo que o tenham e a seu respeito não tenha havido divergência, por

recurso de embargos infringentes³⁴⁷, típico *recurso ordinário*, não há razão para se impor qualquer limitação à atuação do tribunal nessa fase específica³⁴⁸⁻³⁴⁹⁻³⁵⁰.

Se não existe preclusão em relação à matéria de ordem pública, justificável a análise da mesma no bojo dos embargos infringentes³⁵¹. Assim, mesmo que a matéria de ordem pública não tenha sido referida na decisão colegiada, o embargante pode se utilizar do recurso de embargos infringentes para análise, além do ponto divergente, também dessa questão³⁵². Da mesma forma, ainda que a questão não

se tratar de questões que não ficam acobertadas pela preclusão, exceto para o mesmo órgão que as apreciou". (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 165 e 169)

³⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 284.523/DF, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, assim decidiu: "Processo civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Embargos infringentes. Matéria de ordem pública. Acórdão. Ausência de fundamentação. Nulidade. - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência. Precedentes. Em decisão colegiada tomada por dois votos a um, estando o voto condutor do acórdão ausente de fundamentação, deve ser declarada a nulidade do julgamento proferido, diante do manifesto prejuízo ocasionado à parte sucumbente. Recurso especial a que se dá provimento" (STJ, 3ª Turma, Resp 284.523-SF, DJ 25/06/2001). No mesmo sentido, RESP 61.984-0/MG, EI na AR 380/SP e AR 195/DF.

³⁴⁸ Teresa Arruda Alvim Wambier entende ser possível o conhecimento de ofício, nessas circunstâncias, uma vez que não se opera preclusão em relação às nulidades, devendo, por isso, o Tribunal examinar de ofício a matéria de ordem pública (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidade de processo e da sentença*, 4. ed., São Paulo, RT, 1997, p. 209)

³⁴⁹ "Nada obsta, então, que o juízo ad quem, quando do conhecimento dos embargos infringentes, localizando questão de ordem pública, declare a nulidade, independente do contido no voto vencido e, portanto, no limite de abrangência do recurso, a teor da competência que o sistema processual lhe confere" (WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual*, in RePro 67, p. 34)

³⁵⁰ Nesse mesmo sentido, destaca-se o posicionamento de Gisele Heloísa Cunha: "Voltando à questão dos embargos, seria possível argumentar que o seu âmbito de devolutividade impossibilitaria a apreciação das questões de ordem pública. Não pensamos, porém, dessa forma. A nosso ver, o art. 267, §3º, inviabiliza essa interpretação. Invocamos, além disso, os princípios que informam o processo, tudo em função da melhor aplicação do direito, sob pena de ter sido apreciado o mérito de uma relação jurídica inexistente ou qualquer outro motivo dessa espécie. E, afinal, pensamos que o art. 530, 'in fine', não pode ter interpretação restritiva diante das matérias de ordem pública" (CUNHA, Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, , RT, 1993, p. 119).

³⁵¹ Nelson Luiz Pinto destaca a existência de posicionamento nos dois sentidos, ou seja, admitindo e não admitindo a análise de questões de ordem pública no bojo de recurso de embargos infringentes. Nos dois precedentes do extinto Tribunal de Alçada de São Paulo, no primeiro afastou-se o cabimento do recurso pelo fundamento de não ser matéria "objeto de divergência", ao passo que no segundo se admitiu o recurso pelo simples fato de se tratar de matéria de ordem pública no âmbito da instância ordinária. (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 173).

³⁵² Quando alguma preliminar é objeto de divergência, o cabimento dos infringentes é discutível por conta da divisão no entendimento atual sobre a possibilidade ou não de utilização do recurso por se tratar de caso onde a reforma não tem relação com o mérito da ação.

seja suscitada pela parte, pode o órgão julgador conhecer das questões de ofício face ao disposto no artigo 267, §3º, do Código de Processo Civil³⁵³.

Qualquer outro entendimento violaria regra expressa do artigo 267, §3º, do Código de Processo Civil. O julgador não só pode, mas sim deve, em qualquer fase do processo, analisar os requisitos essenciais ao processamento da ação. Se um vício é detectado ainda na fase *ordinária*, sem qualquer sentido se limitar a atuação do julgador, mantendo uma nulidade no processo.

15. EMBARGOS INFRINGENTES E A REGRA DO ARTIGO 515, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei 10.352/2001 trouxe uma outra alteração importante na sistemática recursal que gerou muita discussão e resistência na sua aceitação. A fase recursal sempre esteve diretamente ligada à idéia do duplo grau de jurisdição, condicionando-se a apreciação do órgão *ad quem* algo que já havia sido analisado pelo órgão *a quo*, excetuando-se as questões de ordem pública em face da possibilidade de conhecimento, até mesmo de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Com a redação dada ao §3º, do artigo 515 do Código de Processo Civil, o tribunal, quando do julgamento de recurso de apelação interposto contra sentença

³⁵³ Marcelo Negri encampa o posicionamento em prol da admissão da análise das questões de ordem pública, admitindo inclusive a apreciação por meio de mera petição depois do julgamento colegiado: “Ainda, se incabíveis os embargos infringentes, uma vez interpostos, o relator poderá receber a minuta do recurso como petição simples nos autos, dando normal prosseguimento e apreciando, em passo seguinte, a matéria de ordem pública. Isso porque tais matérias são cognoscíveis no bojo dos embargos infringentes, como elas são até por simples petição em juízo monocrático do relator, desde que, de algum modo, possa se processar o pedido pela via eleita, não importando, daí, sejam as matérias de ordem pública objeto da divergência ou não. A matéria de ordem pública, uma vez chegada ao conhecimento do órgão julgador competente, este poderá, desde logo, decidir a questão, que não necessita nem mesmo de petição. A matéria de ordem pública está inserida no dever de ofício do magistrado” (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 215/216).

terminativa, pode julgar a lide, adentrando ao mérito, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento³⁵⁴.

Pela regra que passou a vigorar em 2002, abriu-se a possibilidade do tribunal, mesmo em caso de decisão terminativa, apreciar a questão de fundo, desde que isso tenha sido devolvido com o recurso de apelação. Nessas hipóteses, pelo princípio do duplo grau de jurisdição, caso se entendesse não ser o caso de extinção do feito sem julgamento do mérito, a sentença era anulada, determinando-se a baixa dos autos para prolação de nova decisão, agora apreciando a questão de fundo.

Sem dúvida que, desde que caracterizada a hipótese retratada no §3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, o trâmite do processo ficou mais célere, eliminando-se toda a fase de baixa dos autos à origem e elaboração de nova decisão.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, em análise do artigo 515, §3º do Código de Processo Civil, depois de profunda análise do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, concluem que não existe qualquer óbice para a lei restringir em determinados casos a sua incidência, de acordo com determinadas hipóteses³⁵⁵. Barbosa Moreira pondera que o princípio do duplo grau de jurisdição, no sistema do estatuto atual, não reclama que só passem pelo tribunal as questões *efetivamente* resolvidas em primeiro grau de jurisdição, sendo suficiente “a

³⁵⁴ “§3º - Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

³⁵⁵ “Do que se disse, portanto, se pode legitimamente concluir que o duplo grau de jurisdição é, sim, um princípio constitucional. Nem por isso, todavia, como se observou, tem-se que será inconstitucional o dispositivo legal que determinar seja, em certas situações, suprimido da parte o direito ao duplo grau de jurisdição” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 96)

simples possibilidade de que essas questões fossem *legitimamente* apreciadas ali”³⁵⁶⁻
357 .

Vale anotar que o princípio do duplo grau de jurisdição não tem sua extensão e abrangência delimitada no texto constitucional, não podendo, por isso, ser utilizado como justificativa à restrição da análise do recurso.

Essa novidade no julgamento do recurso de apelação tem reflexo direito no recurso de embargos infringentes, na medida em que possibilita o órgão colegiado adentrar na questão de fundo e, eventualmente, reformar, por maioria, uma sentença terminativa. Nessa hipótese, necessário analisar em qual extensão se dá essa devolução e se seria possível tentar fazer prevalecer o voto minoritário se não houve pronunciamento em primeiro grau acerca do mérito.

Como em qualquer tema relacionado aos embargos infringentes, existem divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Numa primeira corrente, não admitindo o recurso de embargos infringentes contra decisão colegiada que, com fundamento no §3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, por maioria de votos, reforma sentença de primeiro grau e adentra no mérito, prevalece o entendimento de que não existem *duas decisões de mérito* que possibilitem a confrontação.

³⁵⁶ O autor cita lição de Vellani nesse sentido (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 445).

³⁵⁷ No entender de Arruda Alvim “o que está previsto no art. 515, §3º, importa uma atenuação do princípio do duplo grau de jurisdição, porquanto permite ao Tribunal que julgue o mérito da causa (lide), quando juiz não o tenha feito” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Notas sobre algumas mudanças verificadas com a Lei 10.352/2001*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 6 série, p. 80).

Nessa linha, destaca-se o posicionamento do Luiz Orione Neto para quem existindo uma sentença terminativa e uma decisão colegiada, não seria possível uma confrontação direta entre as duas se só uma delas abarcou o mérito da discussão³⁵⁸. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier colocam que um dos pressupostos para cabimento dos infringentes é ter havido uma sentença de mérito, não sendo possível, por isso, em casos de julgamento da apelação com base no §3º, do artigo 515, do Código de Processo Civil³⁵⁹.

No entender de Araken de Assis, a admissibilidade dos embargos infringentes nessa situação afrontaria o princípio da dupla conformidade na medida em que a apreciação do mérito só se deu na esfera recursal³⁶⁰. Arruda Alvim, na mesma linha, conclui pela impossibilidade de interposição dos embargos infringentes, uma vez que “não há decisão de primeiro grau sobre o mérito, sendo, por isso, impossível comparar, pois a comparação envolve o cotejo de, pelo menos, duas realidades indicadas e, no caso, só há uma, que é a decisão de mérito do Tribunal”³⁶¹.

A restrição ao cabimento dos infringentes remonta ao princípio que é a base do próprio recurso. A justificativa à manutenção no sistema recursal sempre foi (e é) no sentido de se tentar unificar o entendimento jurisprudencial, com ampla análise e discussão. Para tanto, parte-se da premissa de análise de algo que foi decidido (relacionado à questão de direito material).

³⁵⁸ “Pela nova sistemática, os embargos infringentes pressupõe o cotejo entre *duas decisões de mérito*. Nesse caso, a decisão de primeiro grau é *terminativa* (extingue o procedimento *sem* exame do mérito), sendo, por isso, impossível comparar, pois a comparação envolve o confronto de, pelo menos, duas realidades indicadas, e, na espécie, só há uma, que é a decisão *de meritis* do Tribunal”. (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 434).

³⁵⁹ “Interessante observar-se que no caso de incidir o art. 515, §3º, jamais caberão embargos infringentes, já que um dos pressupostos da incidência dessa nova regra é ter havido sentença de mérito” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 132)

³⁶⁰ Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 552.

³⁶¹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Notas sobre algumas mutações verificadas com a Lei 10.352/2001*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 6 série, p. 83

Na hipótese do §3º, do artigo 515 do Código de Processo Civil, verdadeira inovação no sistema recursal, abriu-se uma “exceção” à regra rígida da devolução, com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional em situações em que a decisão de primeiro grau comporta reforma e o órgão colegiado tem condições de analisar a questão de mérito.

Se de um lado não existe a possibilidade de comparação de duas decisões, de outro nos deparamos com o resultado prático desse regramento, onde pode haver sim um pronunciamento do tribunal acerca da questão de fundo sem que a mesma tenha sido previamente analisada pelo juízo de primeiro grau.

Numa segunda corrente, reconhece-se a possibilidade de interposição dos infringentes, uma vez que houve a alteração de uma decisão de primeiro grau com apreciação da questão de mérito. Ou seja, o órgão colegiado, depois de reformar a sentença extintiva, numa segunda etapa, ingressa no mérito da discussão devolvida ao tribunal por conta da devolutividade do recurso de apelação.

Essa interpretação parece ser a mais razoável e adaptada à nova sistemática recursal, como um todo. Sem dúvida que numa primeira análise do disposto no atual artigo 530 do Código de Processo Civil, poder-se-ia concluir pela limitação da devolutividade somente aos casos onde o mérito tivesse sido previamente analisado, haja vista a menção expressa ao termo “reforma”.

Entretanto, a interpretação deve levar em conta a evolução do sistema recursal, em especial, o surgimento da regra imposta pelo artigo 515, 3º, do Código de Processo Civil, não se justificando a abertura de uma exceção nessa hipótese,

restringindo um direito da parte quando existe uma decisão de mérito, por maioria, no âmbito do tribunal.

A limitação às hipóteses de cabimento dos embargos infringentes leva em conta os casos em que não há apreciação da questão de fundo, ou seja, não há risco de formação de coisa julgada material. É bem verdade que essa questão é controvertida, mas sem sombra de dúvida é um referencial. Assim, caso o recurso de apelação venha a ser conhecido e provido, adentrando-se à questão de fundo (art. 515, §3º, do Código de Processo Civil), se a parte não se insurgir contra a decisão colegiada, haverá a formação de coisa julgada material, sendo coerente o cabimento dos infringentes.

Ernane Fidélis dos Santos entende que não existe qualquer restrição à interposição dos infringentes, apesar da não existência de *duas* decisões de mérito confrontáveis³⁶². Humberto Theodoro Junior invoca o princípio da isonomia pelo tratamento sem distinção do artigo 530 do Código de Processo Civil, enfatizando ser necessário somente a existência de um voto vencido na decisão que apreciou o mérito³⁶³⁻³⁶⁴.

³⁶² “Nesse caso, não havendo como existir divergência entre o julgamento de primeiro grau e os votos vencedores, aplica-se entendimento favorável ao recurso, permitindo-se a sua interposição, desde que a divergência seja quanto ao mérito. A disposição fere princípio processual, segundo o qual o julgamento do recurso substitui a decisão recorrida (art. 512), mas tal princípio é de mera orientação, podendo ser postergado por outra opção legislativa.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 672).

³⁶³ “Quando a sentença for terminativa, mas o acórdão, ao prover a apelação, tiver julgado o mérito (art. 515, §3º), os embargos infringentes poderão ser manejados, se houver voto vencido, não obstante o julgado de primeiro grau não ter apreciado o mérito”. Em destaque feito em nota de rodapé, destaca o autor que apesar de não ter havido “propriamente” uma reforma da sentença, “pelo princípio da isonomia, o vencido, qualquer que seja ele, terá contra si um acórdão com apenas dois votos desfavoráveis, merecendo, por isso, o mesmo tratamento previsto no art. 530” (THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo de Conhecimento*, volume I, 45ª ed., Rio, Forense, p. 686).

³⁶⁴ Barbosa Moreira, ao comentar o disposto no artigo 515, §3º, do CPC, parece não descartar a hipótese de cabimento dos embargos infringentes em caso de não unanimidade no julgamento do mérito. Apesar de destacar a inexistência de uma decisão de primeiro grau para confrontar com o acórdão, pondera: “Recorda-se, ao propósito, a possibilidade, que a Lei nº 10.352 abriu ao tribunal, de decidir o mérito ainda quando meramente terminativa a sentença apelada (art. 515, §3º). Evidente, porém, que para assim dispor teria afastar-se a regra que exclui o cabimento dos embargos no caso de *dupla* conformidade: faltaria a decisão de primeiro grau com que confrontar o acórdão. O que se pode admitir – e parece consentâneo com o espírito da norma – é que o acórdão

A restrição imposta ao cabimento dos embargos infringentes toma como premissa a impertinência do recurso se a sentença for confirmada, mantida pelo tribunal. No caso do provimento da apelação com base no §3º, do artigo 515 do Código de Processo Civil, a decisão monocrática não só é reformada, afastando-se a extinção do feito sem a apreciação do mérito, como também é substituída por outra que analisa a questão de fundo.

Se a sentença apelada não foi confirmada, mas reformada e substituída por outra com maior extensão, parece-nos não existir qualquer restrição ao cabimento dos embargos infringentes. Da mesma forma que as normas se adaptam à realidade, os conceitos devem caminhar no mesmo sentido. O sistema recursal atual se comparado ao vigente em 1939 ou mesmo com a primeira edição do código de 1973, mostra uma constante adaptação com o tempo, não se justificando a adoção de critérios distintos para uma mesma situação (decisão de mérito, por maioria)³⁶⁵.

Cândido Rangel Dinamarco pondera que na alteração das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes o legislador não levou em conta algo “que veio à ordem jurídico-processual brasileira” com a possibilidade de reforma de sentença terminativa incluir a análise do mérito da demanda (art. 515, §3º, do Código de

deva *também* versar sobre o *meritum causae*; ficaria excluído o cabimento dos embargos quando o julgamento da apelação barrasse o acesso ao exame do mérito” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 529).

³⁶⁵ Para Cândido Rangel Dinamarco “Certamente do legislador não levou em conta algo que veio à ordem jurídico-processual brasileira por obra da própria *Reforma da Reforma* e no contexto da própria lei responsável pela nova redação do art. 530 do Código de Processo Civil – o que é a possibilidade de a reforma da sentença terminativa incluir o julgamento de mérito da causa já pelo tribunal, sem a necessidade do retorno dos autos à instância inferior (art. 515, §3º, red, lei n. 10.352, de 26.12.2001 – *supra*, n. 101). Dirão os tribunais se também nesse caso os embargos infringentes serão inadmissíveis, como resulta da interpretação puramente literal do art. 530 (exegese), ou se a interpretação sistemática deve conduzir à admissibilidade daqueles. A segunda resposta é mais coerente com o sistema e com a garantia constitucional do *due process of law*, sendo autorizada pelas palavras do próprio legislador – o qual, na justificativa do projeto, afirmou que só é conveniente manter os embargos infringentes nos casos “em que a divergência tenha surgido em matéria *de direito*, não simplesmente em tema processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 204).

Processo Civil), adiantando que os tribunais “dirão” se é um caso de interpretação literal, o que culminará com o não cabimento dos infringentes nessas hipóteses, ou, de outra forma, se é o caso de uma interpretação sistemática. Ao mesmo tempo em que lança essas duas opções de pronunciamento dos tribunais, conclui o autor que a segunda opção “é mais coerente com o sistema e com a garantia constitucional do *due process of law*, sendo autorizada pelas palavras do próprio legislador – o qual, na justificativa do projeto, afirmou que só é conveniente manter os embargos infringentes nos casos “em que a divergência tenha surgido em matéria de mérito, não simplesmente em tema processual”³⁶⁶.

A partir do momento que os embargos infringentes têm como característica buscar a sedimentação do entendimento no âmbito dos tribunais, ou ainda que isso não seja possível, uma profunda e adequada análise da questão de fundo, não há razão para se impor obstáculos aos casos de julgamento do mérito com base no §3º, do artigo 515 do Código de Processo Civil, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.

Não há como se desconsiderar que houve a substituição da decisão terminativa proferida em primeiro grau por outra, efetivamente de mérito. Impor-se a restrição dos infringentes nessas hipóteses colide com toda a razão de ser do recurso onde se busca uma aprofundada análise da questão de fundo pelo órgão colegiado. Por isso, com muito mais razão, em casos onde o juiz de primeiro grau não adentrou à matéria de mérito, justifica-se o cabimento dos infringentes contra o acórdão julgado por maioria com fundamento no artigo 515, §3, do Código de Processo Civil.

³⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 2ª Ed., p. 204.

Pertinentes as considerações feitas por Leonardo José Carneiro da Cunha, no sentido de que se “operada a substitutividade, é como se o juízo de primeira instância houvesse, desde o início, apreciado o mérito, que virá a ser apreciado pelo tribunal, em julgamento proferido por maioria de votos”³⁶⁷⁻³⁶⁸. Por isso, para o autor a hipótese se encaixa à previsão do disposto no artigo 530 do Código de Processo Civil.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão, decidiu pela admissão dos embargos infringentes, sob o fundamento que em respeito ao devido processo legal, a regra do artigo 530 deve ser interpretada “harmoniosa e sistematicamente” com as demais disposições do Código, em especial, com a do artigo 515, §3º³⁶⁹⁻³⁷⁰. No caso, o Tribunal *a quo* inadmitiu o processamento dos infringentes, tendo o relator consignado em seu voto que a literalidade do artigo 530 do Código de Processo Civil “retrata a existência de um impedimento incontornável ao conhecimento do recurso”.

³⁶⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 127.

³⁶⁸ Com argumento similar, Nelson Rodrigues Netto defende: “soa razoável admitir, nestas hipóteses, uma interpretação teleológica, admitindo que, neste julgamento de apelação, se houver divergência, possa a parte pretender exercer seu direito ao recurso de embargos infringentes, para procurar fazer prevalecer o voto vencido. Não há qualquer substrato axiológico que implique, em hipótese do artigo 515, §3º, fique a parte impedida de manejar os embargos infringentes” (RODRIGUES NETTO, Nelson, *Recursos no processo civil*, São Paulo, 2004, Dialética, p. 135).

³⁶⁹ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REFORMA SENTENÇA TERMINATIVA E ADENTRA O JULGAMENTO DO MÉRITO. CABIMENTO. – Nem sempre é terminativo o acórdão que julga apelação contra sentença terminativa, eis que, nos termos do §3º do art. 515, “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. – Se apenas o Tribunal julga o mérito, não se aplica o critério de dupla sucumbência, segundo o qual a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida também na sentença. – Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, em especial o §3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação. – Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão. – A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nome jurisdicional atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Portanto, entendida como de mérito a sentença proferida nos autos, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes. Recurso especial conhecido e provido.” (RESP 832.370/MG, DJU 13.08.2007)

³⁷⁰ Num julgamento da Terceira Seção do TRF-3ª Região, assim constou da ementa: “I – Ausente decisão de primeiro grau, anulada por unanimidade, a regra do descabimento dos embargos em casos de dupla conformidade, remanesce afastada, eis que, o mérito da causa foi apreciado, em decorrência da aplicação do §3º, do art. 515 do CPC, que em acórdão não unânime, julgou improcedente o pedido de restabelecimento do benefício”. (Apelação cível 2000.03.99.016447-9, DJU 23.02.2007)

No voto da Ministra-Relatora que culminou com o acolhimento da tese do recorrente, cujos embargos infringentes foram inadmitidos, trouxe-se à colação trecho do projeto da Lei 10.352/2001, onde ficou expresso ser conveniente os embargos infringentes quando “a divergência tenha surgido em matéria de mérito, não simplesmente em tema processual”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se posicionado, na maioria dos casos, favoravelmente ao processamento dos embargos infringentes nessas situações. O fundamento das decisões é no mesmo sentido do precedente acima do Superior Tribunal de Justiça, onde a existência de uma decisão de mérito no âmbito do Tribunal é suficiente a justificar o cabimento dos infringentes³⁷¹⁻³⁷².

Razoável a interpretação dada às disposições do Código de Processo Civil, admitindo-se, por conta disso, o processamento dos embargos infringentes. Se a divergência, no âmbito do tribunal, foi em relação ao mérito da demanda, justifica-se a tentativa de uniformização do entendimento, com base no voto minoritário, via embargos infringentes.

³⁷¹ “Embargos de declaração. Omissão. Pressupostos Ausentes. Não há falar em omissão ou obscuridade porque, no julgamento dos embargos infringentes levou-se em conta a natureza da matéria discutida no acórdão (mérito), e não a da sentença (processual), em razão da possibilidade aberta recentemente pelo art. 515, §3º, do CPC. Se o julgamento, no segundo grau, é de mérito, ausente unanimidade, cabível o recurso de embargos infringentes. Embargos de declaração rejeitados” (Embargos de declaração nos embargos infringentes nº70009705237, Relator Desembargador Antônio Janyr Dall’Agnol Junior, julgado em 01/10/2004). Em outra decisão, consta da ementa que “Ainda que não seja de mérito a sentença reformada, presente a divergência no acórdão faz a análise do mérito da demanda com fundamento no art. 515, §3º, do CPC, são cabíveis embargos infringentes.” (Embargos infringentes 70008241929, Relator Desembargador Augusto Otávio Stern, julgado em 21.05.2004)

³⁷² Em sentido contrário, destaca-se o posicionamento adotado no julgamento dos Embargos Infringentes 70015603996. O recurso foi inadmitido pelo fato de não ser possível a comparação.

16. EFEITO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Com a interposição do recurso, prorroga-se o procedimento na busca de um novo pronunciamento judicial acerca da matéria discutida. Além de alongar a relação jurídica, o recurso obsta a formação do trânsito em julgado do ato decisório impugnado³⁷³⁻³⁷⁴⁻³⁷⁵⁻³⁷⁶.

No entanto, no estudo da fase recursal, um ponto importante merece destaque, uma vez que influencia diretamente na execução da decisão impugnada: o efeito em que o recurso é recebido e processado.

³⁷³ Importante consignar que o recurso obsta a formação da coisa julgada, desde que tenha sido interposto dentro do prazo. Em relação aos embargos infringentes, se não for o caso de julgamento por maioria e ficar caracterizado o erro na interposição (caso em que não houve reforma, mas sim manutenção da decisão por maioria de votos), a formação da coisa julgada se dá no prazo de 15 dias da publicação do acórdão da apelação ou da ação rescisória. Assim, nos termos do disposto no artigo 498 do CPC, o prazo do recurso especial/extraordinário fica sobrestado até o julgamento dos infringentes, desde que, efetivamente, seja caso de infringentes e o mesmo tenha sido interposto dentro do prazo. Nesse sentido, como já destacado, é o entendimento do Leonardo José Carneiro da Cunha: “A interposição dos embargos, quando não cabíveis, também inviabiliza eventuais recursos especial e extraordinário. É que a inadmissão dos embargos infringentes irá gerar preclusão temporal quanto à interposição dos apelos extremos, cerrando o acesso aos tribunais superiores” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002, p. 118).

³⁷⁴ A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, analisou a questão e se posicionou: “Agravo regimental. Recurso especial. Intempestividade. Embargos infringentes. Descabimento. Negativa de seguimento. Interrupção ou suspensão do prazo. Lei nº 10.353, de 26/12/01. 1. Mesmo com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, em relação aos artigos 498 e 530 do Código de Processo Civil, os embargos infringentes incabíveis, assim reconhecidos em decisão monocrática irrecorrida, não têm o condão de interromper ou suspender o prazo para o recurso especial. Logo, na hipótese de descabimento de embargos infringentes, deve o recurso especial ser interposto dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação do acórdão recorrido. 2. Agravo regimental desprovido” (Ag no RESP 547.191/DF, DJU 19.12.2003). Em outro caso, a posição foi ratificada: “Direto Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Acórdão julgado por maioria que não reformou a sentença de mérito. Oposição em desacordo com a nova redação do art. 530 do CPC. Embargos infringentes não conhecidos. Recurso especial intempestivo. I – Nos termos da nova redação conferida pela Lei nº 10.352/2001 ao art. 530 do CPC, são cabíveis embargos infringentes apenas quando o acórdão recorrido, julgado por maioria, modificar a sentença de mérito. II – A oposição dos embargos infringentes incabíveis interrompe o prazo para a interposição de recurso especial. Diante disso, é intempestivo o recurso especial interposto além do prazo previsto no artigo 508 do Código de Processo Civil, contado da data da publicação do acórdão proferido na apelação. III – Agravo regimental a que se nega provimento” (Ag nos EDcl no AG 579.916/MG, DJU 20.06.2005). No julgamento do RESP 686.508/RS o entendimento foi no mesmo sentido.

³⁷⁵ Por conta das peculiaridades do caso, num outro caso analisado pela Terceira Turma, entendeu-se que “ainda que incabíveis, os embargos infringentes interposto contra a parte não unânime do acórdão tem o condão de sobrestar o prazo para interposição do recurso especial contra a parte unânime. Interpretação sistemática dos arts. 498 e 530 do CPC, **em atenção às peculiaridades do caso concreto**” (RESP 510.299/TO, DJU 13.12.2004 – destacou-se).

³⁷⁶ “Como todo recurso, têm também o efeito de obstar a produção da coisa julgada” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Direito Processual Civil*, coordenação Luiz Rodrigues Wambier, RT, vol. 1, p. 616).

A classificação dos efeitos dos recursos apresenta algumas divergências. Muitos entendem que os efeitos que podem ser visualizados nos recursos são dois: efeito devolutivo e efeito suspensivo³⁷⁷. Para outros, no entanto, existe um terceiro efeito que deve ser considerado na fase recursal, qual seja, o efeito de retardar ou impedir o trânsito em julgado da decisão impugnada³⁷⁸⁻³⁷⁹.

Antes mesmo de analisarmos especificamente os efeitos dos embargos infringentes, faz-se necessária uma breve explanação do *efeito* do recurso de uma forma geral.

Por meio do recurso, toda a matéria impugnada pela parte recorrente é devolvida para apreciação, seja de mérito ou não, via de regra, para um órgão hierarquicamente superior (efeito devolutivo)³⁸⁰⁻³⁸¹. No entanto, existem casos em que

³⁷⁷ Marcos Cunha Borges (BORGES, Marcos Afonso, *Embargos infringentes*, 3ª ed., Goiânia, Editora AB, p. 108) e Hermann Homem de Carvalho Roenick (Roenick, Hermann Homem de Carvalho, *Recursos no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Aide, 1ª Ed., p. 36).

³⁷⁸ O autor sustenta que “Afora o de impedir o trânsito em julgado do acórdão recorrido, referentemente à decisão por maioria de votos, têm os embargos infringentes, como os demais recursos, o efeito devolutivo, e, outrossim, em princípio, o efeito suspensivo. A devolução dá-se, por certo, nos limites da divergência, de sorte que, se esta for total, o órgão julgador do recurso terá plena cognição de toda a matéria decidida e impugnada; e se parcial, se restringirá a examinar aquela objeto do desacordo e subsequente manifestação recursal. A suspensividade, a seu turno, diz, direta e exclusivamente, com o acórdão embargado, e apenas remotamente, quando tenha sido este proferido em grau de recurso, com sentença de primeira instância. Daí, porque, se a apelação tiver sido recebida somente no efeito devolutivo, pelo juiz singular (cf. arts. 520 e 1.184 do CPC), a interposição dos embargos infringentes não implicará a modificação da situação anterior, ainda que o acórdão tenha reformado a sentença” (TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, v. III, p. 276). No mesmo sentido, é o entendimento de Gisele Heloísa Cunha (CUNHA, Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 84).

³⁷⁹ Para Nelson Nery Junior, afora o efeito devolutivo e suspensivo, devem ser considerados o efeito traslativo, expansivo e substitutivo dos recursos. O mesmo autor, entende que o retardamento da coisa julgada é decorrência natural do efeito devolutivo dos recursos. (Nelson Nery Junior, *Princípios*, ob. cit. p. 361)

³⁸⁰ Rogério Lauria Tucci define efeito devolutivo como sendo o “traslado, para o juízo ad quem, do conhecimento da matéria decidida no juízo a quo, qualquer que seja ela” (TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, v. III, p. 274). Pela definição comum, colocava-se o efeito devolutivo como uma reapreciação da decisão impugnada por um órgão superior. No entanto, como visto, não pode ser isso considerado uma regra, uma vez que existem casos em que a reapreciação é feita pelo próprio órgão. Alcides Mendonça Lima, ao se manifestar sobre esse posicionamento, foi claro: “não se pode ser rigoroso e considerar haver devolução apenas quando o julgamento se desloca para outro órgão, que não aquele que proferiu a decisão impugnada.” (LIMA, Alcides Mendonça, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 286).

³⁸¹ Para Moacyr Amaral Santos “consiste efeito devolutivo na transferência, para o juízo ad quem, do ato decisório recorrido a fim de que, reexaminando-o, profira, nos limites do recurso interposto, novo julgamento. Trata-se de efeito inerente à natureza do recurso: se este se conceitua como o poder de provocar o reexame de

a matéria é devolvida para o próprio órgão prolator da decisão, podendo-se destacar, entre eles, os casos de embargos de declaração e embargos infringentes, onde a apreciação do recurso é feita pelo próprio Tribunal³⁸².

O efeito devolutivo é inerente a todo o recurso. Da mesma forma que o juiz deve julgar a ação nos limites do pedido fixados na petição inicial apresentada pelo autor (arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de julgar *ultra-petita*, *citra-petita* ou *extra-petita*, na fase recursal, o órgão encarregado de apreciar o recurso, deve se limitar à análise da matéria impugnada, e por assim dizer, devolvida à reapreciação, sob pena de cometer os mesmos excessos acima referidos.

Em razão de o recurso prolongar o procedimento, importante consignar que a propositura de uma ação idêntica aquela que se encontra em fase recursal culminará com sua extinção sem julgamento de mérito, pelo ocorrência de litispendência.

Uma vez mais fica demonstrada a importância (necessidade) da fundamentação e da formulação de pedido de reforma ou anulação da decisão impugnada, sob pena de não ser possível fixar-se o âmbito de devolutividade do recurso. Todo e qualquer recurso que não apresentar essas características, fatalmente não será conhecido.

O efeito suspensivo inviabiliza a execução da decisão impugnada, mesmo que provisoriamente, enquanto não reexaminada toda a matéria devolvida ao

um ato decisório, pema mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma ou modificação, segue-se que o juízo ao qual se recorre deverá estar armado de condições capazes e suficientes para proferir novo julgamento.” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva, vol. 3, p. 77).

³⁸² No caso dos embargos de declaração a apreciação será feita pelo próprio Relator do recurso. No caso dos embargos infringentes, na linha do que estabelece o artigo 531, a apreciação caberá ao Relator que será sorteado.

órgão julgador, ou seja, enquanto não julgado o recurso. O adiamento da produção de efeitos da decisão impugnada perdura até a publicação da decisão desse recurso³⁸³.

A maioria dos doutrinadores entende que o termo “suspensivo” não é o mais adequado³⁸⁴, uma vez que esse efeito não suspende a execução, mas obsta o seu início. Caso o recurso seja processado somente no efeito devolutivo (sem o efeito suspensivo), inicia-se a execução, mas de maneira provisória.

No sistema recursal do Código de Processo Civil vigente, da mesma forma como ocorria no Código revogado, todos os recursos admitidos têm, em regra, duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Em casos excepcionais, no entanto, expressamente previstos na legislação, o recurso é processado somente no efeito devolutivo (por exemplo, artigos 520, 522, 542, §2º e 1184 do Código de Processo Civil), possibilitando-se, com isso, a execução provisória do julgado.

Pelo artigo 520 do Código de Processo Civil, o recurso de apelação será recebido no duplo efeito, exceto nas seguintes hipóteses em que o mesmo será recebido somente no efeito devolutivo contra sentença que: homologar a divisão ou a demarcação; condenar à prestação de alimentos; julgar a liquidação de sentença; decidir o processo cautelar; rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

O recurso especial e o recurso extraordinário também são processados somente no efeito devolutivo (art. 541, §2º, do Código de Processo Civil)³⁸⁵. Já o

³⁸³ Para Nelson Nery Jr. a condição suspensiva “se opera mesmo antes da interposição do recurso (...). O efeito suspensivo do recurso, portanto, tem início com a publicação da decisão impugnável por recurso para o qual a lei prevê efeito suspensivo, e termina com a publicação da decisão que julga o recurso” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 446).

³⁸⁴ Dentre outros Barbosa Moreira, Ovídio Batista, Ada Pellegrini.

³⁸⁵ O artigo 800 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo único, estabelece que depois de interposto o recurso, “a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Em alguns casos excepcionais, a parte,

recurso de agravo de instrumento, que via de regra é processado somente no efeito devolutivo, pela redação que lhe foi dada pela Lei 9139/95, pode ser processado também no efeito suspensivo, desde que, mediante prévio requerimento da parte, o relator vislumbre a presença dos requisitos necessários elencados no artigo 558 do Código de Processo Civil, determinando assim o processamento do recurso no duplo efeito.

Interessante consignar, neste passo, que antes das alterações relacionadas à forma de interposição do recurso de agravo de instrumento, era comum a parte interpor recurso de agravo de instrumento³⁸⁶, e, paralelamente, impetrar mandado de segurança objetivando a atribuição do efeito suspensivo à decisão impugnada até decisão final do recurso de agravo.

Prevalece, em qualquer hipótese de interposição de embargos infringentes, a proibição do *reformatio in pejus*. No julgamento dos embargos não se pode piorar a situação do embargante subtraindo-se algo que o órgão *a quo* lhe concedeu por unanimidade, ou por simples maioria se a outra parte não embargou.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se à análise dos efeitos do recurso de embargos infringentes.

Os embargos infringentes têm efeito devolutivo. Este, no que tange à extensão, fica circunscrito aos limites da divergência, salvo se o embargante preferir reduzir ainda mais o seu campo, através do recurso parcial. Se os embargos

depois de interpor o recurso especial, ingressa com medida cautelar inominada junto ao Superior Tribunal de Justiça visando seja atribuído efeito suspensivo ao recurso especial.

³⁸⁶ O recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória era interposto em primeiro grau, processado e somente depois enviado para o Tribunal. Pela nova regra, o recurso é interposto diretamente no Tribunal, sendo desnecessária, diante da possibilidade da atribuição do efeito suspensivo, a impetração de mandado de segurança.

infringentes excedem o limite do voto vencido, seu conhecimento deve ser limitado ao alcance deste. Quanto à profundidade, porém, como já abordado, é lícito à turma/câmara julgadora adotar fundamentos distintos daqueles expostos no acórdão embargado.

Com a interposição do recurso de embargos infringentes contra acórdão não-unânime de apelação ou ação rescisória, fica devolvida para o órgão julgador a reapreciação da matéria objeto de divergência³⁸⁷. A devolução da matéria impugnada se dá nos limites da divergência existente no corpo da decisão proferida quando do julgamento do recurso de apelação ou da rescisória, nos moldes do que venha a ser pleiteado pela parte. Essa divergência poderá ser *total*, hipótese em que o órgão julgador apreciará toda a matéria, ou *parcial*, hipótese em que o órgão julgador ficará restrito à análise do ponto discordante entre os juízes que participaram do primeiro julgamento.

Para Humberto Theodoro Junior o recurso de embargos infringentes não teria efeito devolutivo, uma vez que o reexame do caso decidido é feito pelo “próprio Tribunal que proferiu o acórdão impugnado, inclusive com participação dos juízes que integraram o órgão fracionário responsável pelo primeiro julgamento”³⁸⁸. Não compartilhamos desse posicionamento, uma vez que entendemos que o efeito devolutivo, inerente a qualquer recurso, também se faz presente nos embargos infringentes.

O simples fato de o recurso ser apreciado pelo mesmo órgão superior (não obrigatoriamente os mesmos julgadores), não afasta a incidência do efeito devolutivo. Por esta razão, é correto se afirmar que “É ultrapassada a idéia de que só

³⁸⁷ Deve-se levar em consideração, por evidente, o pedido de nova decisão, uma vez que existe a possibilidade de a parte recorrente buscar o preavalecimento somente de parte do voto vencido.

³⁸⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo de Conhecimento*, volume I, 45ª ed., Rio, Forense, p. 683.

ocorre o efeito devolutivo quando a matéria a ser examinada pelo Poder Judiciário seja devolvida para um órgão superior àquele de que emanou a decisão”³⁸⁹.

Como anteriormente consignado, não obstante o julgador esteja adstrito à matéria impugnada via embargos, nada o impede de fundamentar sua decisão com fundamento diverso daquele adotado pelo voto vencido. Como ensina Rogério Lauria Tucci “a profundidade da devolução não encontra qualquer barreira na parte final do art. 530, atinente, tão-só, como frisado, à extensão da embargabilidade”³⁹⁰.

Barbosa Moreira, ao analisar os efeitos dos embargos infringentes, ensina que “a despeito do colorido de retratação que tradicionalmente reveste os embargos, pode-se falar sem erro no seu efeito devolutivo...”³⁹¹. Ou seja, o fato de o recurso ser apreciado pelo mesmo Tribunal não é motivo suficiente a afastar a incidência do efeito devolutivo.

José Frederico Marques preconiza que nos embargos infringentes “há pedido de reexame aos juízes que tomaram parte no julgamento embargado. Isso posto, conjugam-se, nesse recurso, a retratação e a devolução, sendo que a área de ambas se estende até os limites do voto vencido”³⁹². Gisele Heloísa Cunha, reconhecendo o efeito devolutivo dos embargos infringentes, nessa mesma linha, assevera que “os embargos têm genuína característica de retratação”³⁹³⁻³⁹⁴.

³⁸⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Curso Avançado de Direito Processual Civil*, coordenação Luiz Rodrigues Wambier, RT, vol. 1, p. 650

³⁹⁰ TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, v. III, p. 334.

³⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 536.

³⁹² MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*, 2. ed, atualizado por Vilson Rodrigues Alvves, Millenium, vol. III, p. 223.

³⁹³ Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 85.

³⁹⁴ No entender de Moacyr Amaral Santos “o efeito devolutivo, entretanto, se opera tão-somente em relação à matéria que constitua objeto dos embargos [naquilo que houve unanimidade] e nos limites da impugnação ou pedido formulado pelo embargante” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva, vol. 3, p. 143).

No nosso entender, esse posicionamento parece ser o mais correto. Com a interposição do recurso de embargos infringentes, os julgadores que participaram do julgamento da apelação ou da rescisória, à luz do voto vencido, têm a oportunidade de reformular seu posicionamento³⁹⁵. Essa característica de “retratação” bem se adequa aos embargos infringentes e é inclusive aceita pela nossa doutrina mais autorizada.

Existe a possibilidade de a parte recorrente, por meio dos embargos infringentes, buscar somente uma parte da vantagem constante do voto vencido. Tanto nessa hipótese, quanto na outra (recurso no limite da divergência) a situação não pode ser alterada para pior, sob pena de violação ao princípio do *reformatio in pejus*³⁹⁶.

Como forma até mesmo de facilitar a delimitação da parte divergente, Barbosa Moreira entende que, por analogia, pode ser aplicada a regra do *caput* do artigo 515 do Código de Processo Civil, a fim de que, em razão da limitação do recurso, “a extensão máxima da devolução” seja apurada pela diferença entre o decidido no julgado e a solução apresentada no voto vencido.

Assim, não há como se negar o efeito devolutivo dos embargos infringentes, efeito esse presente em todo o recurso previsto no nosso ordenamento, onde a matéria impugnada é devolvida ao conhecimento do órgão competente para apreciação e decisão. Evidentemente, esse órgão competente não poderá conhecer de matéria que não foi objeto do voto vencido, sob pena de extrapolar os limites do recurso.

³⁹⁵ Os Regimentos Internos dos Tribunais de cada Estado da Federação prevêm a competência para julgamento dos embargos infringentes. Por exemplo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, estabelece que compete às Câmaras Cíveis isoladas julgar recurso de apelação (art. 6º, II, letra “a”), ao passo que, nos casos de recurso de embargos infringentes, essa competência passa a ser ao Grupo de Câmaras Cíveis que não faça parte a Câmara cuja decisão deu origem (art. 5º, I, letra “c” c.c. art. 24, III). Doutro lado, existem Regimentos que não impõem qualquer restrição nesse sentido, limitando-se a aplicar a regra do artigo 533 do Código de Processo Civil.

³⁹⁶ Na hipótese de a parte contrária não tiver interposto embargos infringentes.

Como analisado em tópico específico, existem casos em que, parte da doutrina e jurisprudência, admite o conhecimento de matéria que não foi objeto de apreciação pelo julgador vencido, como é o caso, por exemplo, das matérias que podem ser conhecidas de ofício³⁹⁷.

Isso não significa dizer, é bom esclarecer, que qualquer questão pode ser analisada. A regra do artigo 517 do Código de Processo Civil se aplica, exclusivamente, ao recurso de apelação, não sendo possível em sede de embargos infringentes a parte trazer questões novas, ainda que justifique a existência de força maior³⁹⁸.

A lei silenciou quanto à existência do efeito suspensivo nos embargos infringentes. Mesmo assim, pode-se sustentar que os embargos infringentes têm também o efeito suspensivo³⁹⁹. Este, no entanto, fica restrito à eficácia da decisão no tocante ao objeto da divergência, tendo ainda relação direta com o recurso anterior⁴⁰⁰.

Caso a apelação tenha sido recebida somente no efeito devolutivo, os embargos seguem sem que tenham condão de impedir a execução provisória em curso.

³⁹⁷ Sérgio Shimura destaca que “No concernente ao efeito devolutivo, os embargos infringentes ensejam o reexame da matéria impugnada, além daquelas cognoscíveis de ofício. Quanto a estas, mesmo que não tenham sido objeto de divergência, liberada fica a sua rediscussão”. Numa passagem seguinte, faz o autor uma ponderação importante: “Aqui é preciso prestar atenção para o fato de que as matérias de ordem pública só podem ser apreciadas se os embargos infringentes forem conhecidos, quando, então, o juízo *ad quem* passa a ter competência. Se não forem conhecidos por falta de requisito de admissibilidade, o acórdão embargado já terá transitado em julgado” (SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série, p. 514/515).

³⁹⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 112.

³⁹⁹ “O efeito suspensivo aplicado aos embargos infringentes importa em reconhecer a manutenção da eficácia, ou de sua inexistência, da decisão recorrida.” (RODRIGUES NETTO, Nelson, *Recursos no processo civil*, São Paulo, 2004, Dialética, p. 139).

⁴⁰⁰ Nelson Luiz Pinto consigna que “Como os recursos em geral, têm os embargos infringentes efeito devolutivo, possibilitando o reexame da matéria impugnada pelo órgão hierarquicamente superior, dentro do mesmo tribunal, àquele que proferiu o acórdão embargado. Esse efeito devolutivo é restrito, como já se observou, à matéria objeto de divergência, aos limites do voto vencido” (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 165).

Pode-se dizer que os embargos seguiram os mesmos efeitos em que foi recebido o recurso de apelação⁴⁰¹. Em se tratando de embargos infringentes em ação rescisória, o efeito será sempre suspensivo, sobrestando a eficácia da decisão colegiada que por maioria julgou procedentes a ação rescisória.

Para Barbosa Moreira, tal como no regime anterior, na regra atual, o silêncio da lei leva à conclusão que os embargos têm efetivamente efeito suspensivo⁴⁰². Por isso, no caso de o recurso de embargos infringentes ser recebido no efeito suspensivo, a eficácia do acórdão somente restará obstada naquilo que tenha sido objeto dos embargos infringentes, ou seja, a divergência do julgado.

A parte unânime da decisão não passível de interposição de embargos infringentes, evidentemente, não terá a eficácia suspensa em virtude dos embargos infringentes. Com isso, a parte da decisão que não foi objetivo de discrepância no julgamento, ou seja, a parte unânime, não terá sua eficácia suspensa.

17. DA NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DO VOTO VENCIDO COMO CONDIÇÃO PARA ADEQUADA AFERIÇÃO DA DIVERGÊNCIA

Apesar de parecer óbvio a necessidade de existência do voto vencido para aferição/delimitação da divergência, não raras vezes, o posicionamento do

⁴⁰¹ Para J. E. Carreira Alvim, em posição que compartilhamos, “os efeitos dos embargos infringentes estão intimamente ligados aos efeitos da apelação de cujo julgamento resultou o acórdão embargado, de modo que, se a apelação tinha duplo efeito, eventuais embargos infringentes também o terão, mas, se tinha apenas efeito devolutivo, eventuais embargos infringentes jamais terão também o efeito suspensivo”. ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 185

⁴⁰² “A interposição dos embargos obsta, pois, à produção dos efeitos *do acórdão embargado*, quer proferido em grau de apelação, quer em ação rescisória. Não influi na eficácia da *sentença apelada*: se a apelação fora recebida somente no efeito devolutivo, e por isso se tornara possível, a título provisório, a execução (arts. 521, 2ª parte, 587, 2ª parte, e, agora, 475-I, §1º, 2ª parte), tal exequibilidade provisória não se vê atingida pela interposição dos embargos”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 540).

jugador vencido não consta dos autos⁴⁰³. Nesse caso, se não for possível identificar a extensão dessa divergência, cabe a parte tentar suprir essa deficiência, sob pena de arcar com todo o prejuízo.

Por cautela, o mais indicado é o interessado ingressar com recurso de embargos de declaração objetivando seja sanado o vício do Acórdão, com a juntada da declaração de voto do julgador vencido⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵. Com isso, suprida essa deficiência, resta viabilizada a utilização dos embargos infringentes.

Caso os embargos de declaração sejam rejeitados, não se trazendo aos autos o voto vencido, prevalece o entendimento sedimentado na doutrina e jurisprudência⁴⁰⁶ no sentido de que a devolução da questão trazida na apelação ou na rescisória é total. E não poderia ser de outra forma.

De outro lado, caso a parte opte pela interposição direta dos embargos infringentes, corre o risco do recurso não ser conhecido em virtude da impossibilidade

⁴⁰³ O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em seu artigo 485, parágrafo único, prevê a necessidade de declaração do voto vencido para adequada delimitação da devolução da matéria: “será, porém, obrigatória a declaração de voto minoritário, nas hipóteses que comportarem embargos infringentes”.

⁴⁰⁴ Para Marcelo Negri a interposição dos embargos de declaração em casos de não declaração do voto é uma recomendação “de uma boa política processual” (NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007, p. 188). Recomendam ainda a utilização dos embargos de declaração Gisele Heloísa Cunha (Gisele Heloísa, *Embargos infringentes*, São Paulo, RT, 1993, p. 144) e Manoel Caetano Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, p. 271).

⁴⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, reconheceu a possibilidade de utilização dos embargos de declaração, não obstante tenha improvido o recurso especial por se tratar de divergência no bojo de mandado de segurança. Constatou o seguinte da ementa do julgado: “1. Em princípio, são cabíveis os embargos de declaração visando obter a complementação do acórdão pelo voto vencido na preliminar, quanto ao exame do mérito da apelação, conforme o disposto no art. 561 do CPC” (RESP 797.805/SP - DJU 04.09.2006)

⁴⁰⁶ “De acordo com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça, é cabível a oposição dos embargos infringentes por desacordo total, na hipótese em que restou ausente nos autos a declaração do voto vencido no acórdão embargado. Precedentes. 2. Recurso especial provido” (RESP 443.022/CE, DJU 14.09.2006). No corpo do julgado, faz-se referência aos seguintes precedentes da Corte: AgRg no Agn 713.665/SP; RESP 542.558/RN; RESP 477.463/RN.

de delimitação da extensão da divergência⁴⁰⁷. No caso, cumpre ao embargante, ainda que não tenha dado causa à omissão, tomar as cautelas necessárias, sob pena de ter seu recurso inadmitido⁴⁰⁸.

Barbosa Moreira esclarece que em situações similares o Supremo Tribunal Federal⁴⁰⁹⁻⁴¹⁰ adotou a “regra de interpretação que favorece o embargante: deve entender-se que o voto vencido (não declarado) o beneficiava em toda a medida possível, de sorte que a devolução é total”⁴¹¹.

A parte não pode ser prejudicada pela inércia do órgão julgador⁴¹². Se houve divergência, tem o direito de saber as razões que levaram um dos julgadores a discordar da maioria. Muitas vezes, apesar de se cercar de todas as cautelas para ver admitido o seu recurso, os declaratórios não só são rejeitados, como se impõe a multa do artigo 538 do Código de Processo Civil por se entender que os mesmos eram protelatórios.

Teresa Arruda Alvim Wambier é enfática ao afirmar que, em casos de rejeição dos declaratórios, “...o que não pode ocorrer é que a parte fique à mercê da eventual disposição dos Tribunais *a quo* para cooperar com a facilitação (ou

⁴⁰⁷ A declaração do voto vencido é extremamente importante. A não juntada do mesmo aos autos só traz mais morosidade ao processo na medida que na maioria das vezes a parte busca esse esclarecimento para não ser prejudicada num momento posterior.

⁴⁰⁸ Duas soluções são apontadas por Araken de Assis nos casos em que o voto vencido não é declarado: “Concebem-se duas soluções para o problema: (a) declarar inadmissíveis os embargos infringentes, porque o interessado não corrigiu o defeito típico do acórdão; (b) interpretar do modo mais favorável possível ao recorrente semelhante divergência, entendendo-se que o voto vencido beneficiava em toda a extensão possível” (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 564)

⁴⁰⁹ RTJ 104/796

⁴¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma orientação: “Não suprida a omissão em declaratórios e na impossibilidade de definir-se a extensão dos votos majoritários, os infringentes devem compreender a totalidade do decidido na apelação, por desacordo geral”. (RSTJ 110/330)

⁴¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 538.

⁴¹² Segundo Araken de Assis “o vício do julgamento originário, porque faltou motivação ao voto vencido, não pode impedir o cabimento dos embargos infringentes” (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 553)

viabilização) do caminho de acesso aos Tribunais Superiores”⁴¹³. Não há como se cogitar, por isso, a rejeição, muito menos a aplicação de multa.

Note-se que na hipótese acima a decisão dos embargos de declaração incorporam o aresto da apelação ou da rescisória, complementando a decisão. O recurso de embargos infringentes não será interposto contra o acórdão dos embargos de declaração, mas sim contra as duas decisões (decisão embargada e a decisão dos embargos)⁴¹⁴. Importante destacar que a interrupção do prazo dos infringentes por conta dos declaratórios só se dá se o último foi interposto dentro do prazo⁴¹⁵.

Se, todavia, a divergência no julgamento se deu por matéria exclusiva dos embargos de declaração (por exemplo, existência ou não de obscuridade), esse ponto, ainda que exista um voto vencido, não pode ser objeto de embargos infringentes⁴¹⁶⁻⁴¹⁷. A decisão embargável (embargos infringentes, no caso) é só que, ao julgar os declaratórios, complementa o acórdão da apelação ou da rescisória.

⁴¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Omissão judicial e os embargos de declaração*, São Paulo, RT, 2005, p. 285.

⁴¹⁴ Luiz Orione Neto, amparado no entendimento dos nossos tribunais, destaca: “No que concerne à utilização dos embargos em julgamento não uniformes do recurso de embargos de declaração, a jurisprudência tem entendido, de forma uníssoma e corretamente, que é perfeitamente admissível, levando-se em conta que os embargos de declaração constituem um desdobramento do julgamento da apelação e, assim, são parte integrante do acórdão que a apreciou”. (NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 430).

⁴¹⁵ O artigo 535 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de interposição dos embargos de declaração, com interrupção do prazo para outro recurso, sempre que a decisão for obscura, contraditória ou omissa. Para a interrupção do prazo dos infringentes ou mesmo de qualquer outro recurso, é condição o preenchimento de um dos requisitos essenciais de qualquer recurso: tempestividade. Assim, se os embargos de declaração foram interpostos no 6º dia contado da intimação, ainda que os mesmos venham a ser julgados e acolhidos, não será possível a interposição de qualquer outro recurso por conta da preclusão ocorrida, no caso dos infringentes, passado o 15º dia da publicação do acórdão embargado.

⁴¹⁶ J. E. Carreira Alvim coloca que para ser possível a interposição dos infringentes a decisão dos declaratórios deve ser como se tivesse sido decidida na apelação. Na seqüência, faz menção à posição de Barbosa Moreira no sentido de que “se a divergência disser respeito a questão estranha ao âmbito daquele julgamento, como, por exemplo, se não se conhece dos embargos declaratórios, por intempestivos ou incabíveis, a existência de voto vencido, que deles conhecia, não abre margem a embargos infringentes” (ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil*: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 179).

⁴¹⁷ O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, já se posicionou sobre o assunto: “1. Impossibilidade de interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido por maioria em sede de embargos de declaração quanto a matéria decidida não é comum à apelação. 2. Tratando-se de matéria inerente aos próprios embargos de declaração, qual seja a imputação de sanção em face de seu caráter protelatório, descabem os embargos infringentes, porquanto essa decisão não foi proferida na apelação, haja vista tratar-se de matéria autônoma e própria dos embargos de declaração. 3. Recurso especial improvido”. (RESP

A não juntada do voto vencido não significa dizer que o recurso embargos de declaração deve, obrigatoriamente, ser utilizado pelo embargante. Muitas vezes, ainda que não declarado o posicionamento do minoritário, é possível identificar a extensão da divergência pelo próprio resultado do julgamento constante do acórdão. Por exemplo, numa indenização por perdas e danos, a maioria reforma a sentença para reduzir o *quantum* da indenização para 100 salários mínimos (no caso, a sentença fixou a indenização em 200 salários mínimos), ao passo que o vencido mantém na íntegra a decisão de primeiro grau pelos seus próprios fundamentos, consignando-se isso no resultado do julgamento.

Numa hipótese como a acima retratada, seria interessante a parte buscar a declaração do voto, uma vez que a fundamentação à manutenção da decisão poderia trazer novos elementos que facilitariam o convencimento dos demais quando do julgamento dos embargos infringentes, e até mesmo, evitaria o risco de não conhecimento. Mas, os embargos de declaração, não seriam essenciais.

Em se considerando ainda o exemplo acima, caso o vencido discordasse do posicionamento em relação ao *quantum*, reformando a sentença para que a indenização fosse de 150 salários mínimos (e não 100 salários mínimos como deliberado pela maioria), se constante do resultado essa “ressalva”, da mesma forma, as partes têm condições plenas para aferição e utilização dos infringentes, haja vista a delimitação da extensão da divergência.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que caso o voto vencido não seja declarado, caberia a parte vencida embargar de declaração a decisão. A partir do

460.506-4 – DJU 19.05.2003). Nesse mesmo sentido foi o posicionamento do Tribunal Superior quando do julgamento do RESP 534.862/BA, DJU 15.09.2003.

momento que não houve oposição de embargos de declaração, entendeu-se que não seria possível conhecer dos embargos infringentes, uma vez que não era possível saber os limites da divergência existente⁴¹⁸. Em outro caso da Excelsa Corte, em não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão do voto minoritário, os infringentes foram admitidos por ser “curial a dedução”⁴¹⁹.

Desta forma, se o posicionamento do julgador vencido não constar dos autos, não sendo possível a aferição da divergência com as informações constantes do acórdão, faz-se necessária a interposição do recurso de embargos de declaração para adequada delimitação do posicionamento do minoritário.

18. DA IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE ADMITE OS EMBARGOS INFRINGENTES

Em casos de recurso inadmissível, o Código dá amplos poderes ao relator para abortar o processamento dos infringentes. Nessa hipótese, como visto, o embargante poderá ingressar com o recurso de agravo interno, no prazo de 5 (cinco) dias, na tentativa de obter do órgão colegiado uma autorização ao regular processamento dos embargos infringentes.

Se não interposto o agravo no prazo legal, não será possível resgatar a discussão no bojo do recurso especial e/ou extraordinário, haja vista não se tratar de decisão colegiada, mas sim monocrática. Se interposto o agravo, caso o mesmo seja inadmitido ou mesmo não conhecido pelo colegiado⁴²⁰, abre-se a possibilidade de

⁴¹⁸ RTJ 104/796.

⁴¹⁹ RTJ 121/826.

⁴²⁰ Caso o relator não encaminhe os autos à mesa, julgando monocraticamente o agravo interno, abre-se a possibilidade da parte buscar, via mandado de segurança, a garantia do seu direito de ver processado e julgado, pelo colegiado, o recurso interposto.

buscar a reversão nos tribunais superiores, devendo-se demonstrar a violação à disposição legal e/ou constitucional.

E num caso em que o recurso de embargos infringentes é admitido e processado pelo relator, qual a providência a ser tomada pelo embargado? Pode-se aplicar a regra do agravo interno também nesse caso? A resposta é negativa.

A decisão que admite o recurso de embargos infringentes é irrecurável⁴²¹. O embargado não poderá, ainda que inconformado com a postura do relator, ingressar com recurso de agravo interno na tentativa de obstar o processamento dos infringentes. Nesse caso, deverá deduzir toda a sua irrisignação em preliminar de contra-razões, justificando o motivo pelo qual o recurso não poderia sequer ser processado.

O posicionamento inicial do relator não o vincula quando do julgamento dos embargos infringentes, sendo plenamente viável, nessa oportunidade, a realização adequada do juízo de admissibilidade. Na verdade, nessa fase ocorre o efetivo juízo de admissibilidade, haja vista que o pronunciamento inicial é provisório e não gera preclusão.

Deve-se ter presente que não existe também vinculação em relação ao órgão colegiado. Ainda que o relator mantenha seu posicionamento inicial, como condição de admissibilidade e processamento do recurso, a questão deve ser discutida

⁴²¹ Araken de Assis (Assis, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 570) e Antonio Janyr Dall'Agnol Junior comungam desse mesmo entendimento (DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Embargos infringentes – Recentes modificações*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 7 série, p. 39).

e decidida pelos demais componentes, obtendo-se, ao menos, o posicionamento da maioria votante.

Não fosse por tudo o quanto acima aduzido, admitir a interposição de agravo interno contra a decisão de admissão esbarraria no óbice da falta de interesse recursal, uma vez que a análise do cabimento obrigatoriamente seria feita novamente quando do julgamento dos infringentes.

Nada obsta, de outro lado, diante de eventual obscuridade na decisão que determina o processamento dos infringentes, a interposição de recurso de embargos de declaração por parte do embargado, com objetivo de sanar tal vício. Caso o relator, por exemplo, não tenha atentado à flagrante intempestividade ou mesmo ao não cabimento do recurso por se tratar de um caso de votação unânime ou por maioria que manteve sentença de primeiro grau, caracterizado o vício na decisão inicial, não há óbice à prolação de uma nova decisão, ainda que com caráter infringente.

Na verdade se tentaria uma explicitação do posicionamento do relator. Os embargos de declaração têm sido um importante instrumento colocado à disposição das partes que, se utilizado adequadamente, pode sanar algum vício na origem e agilizar o feito.

Não se defende a utilização dos embargos de declaração sempre que o recurso for admitido pelo relator. Sustenta-se, levando em conta a particularidade de cada caso, e ainda, o teor da decisão inicial do relator, a possibilidade de se buscar um esclarecimento. O acúmulo de processos nos tribunais é uma realidade, razão pela qual muitas vezes as decisões não vinculativas (não definitivas), como a que admite o processamento dos embargos infringentes, pode ser elaborada pela assessoria sem uma análise detida do relator.

19. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

As alterações introduzidas pela Lei 10.352/2001 não se limitaram à restrição das hipóteses de cabimento do recurso, mas também à forma de processamento do mesmo. No regime anterior, interposto o recurso de embargos infringentes, o juízo de admissibilidade se dava de imediato, abrindo-se vista para a parte contrária somente em caso de admissão do recurso. Em caso de não admissão, era resguardado o direito à interposição de recurso de agravo na tentativa de reverter a decisão junto ao colegiado.

Pela nova sistemática, o juízo de admissibilidade ocorre somente depois da apresentação das contra-razões pelo embargado (artigo 531)⁴²², sendo por isso o primeiro ato do relator a intimação da parte contrária a apresentar sua manifestação. Esse juízo de admissibilidade é provisório, não vinculativo, sendo certo que a admissão nessa fase inicial não impede um posicionamento, em sentido contrário, quando da apreciação pelo órgão colegiado (no caso, inclusive o próprio relator pode reformular seu posicionamento inicial)⁴²³.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, muito se discutia a efetiva abrangência do disposto no artigo 531 do Código de Processo Civil onde se estabelecia, com todas as letras, a necessidade da parte deduzir os embargos “por artigos”. Como anteriormente abordado, enquanto vigente tal regra, doutrina e jurisprudência já haviam se manifestado contrariamente a esse formalismo,

⁴²² Em casos de flagrante óbice ao processamento do recurso, entendemos não existir óbice à aplicação da regra do *caput* do artigo 557 do CPC, obstando, de imediato, o trâmite do recurso. A questão, como abordado em tópico específico, é controvertida.

⁴²³ Nesse sentido, destacamos o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira: “a admissão dos embargos pelo relator não é vinculativa para o órgão a quem compete o julgamento, e ao qual será sempre lícito deixar de conhecer do recurso no momento oportuno”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 545)

entendendo que o recurso não deveria necessariamente ser deduzido por artigos, mas sim, fundamentado, com adequada delimitação da divergência, o que viabilizava o seu conhecimento⁴²⁴.

Essa condição foi suprimida do texto na década de 90 e na nova regra nem se cogitou trazer novamente à baila tal confuso conceito. Assim, para processamento do recurso de embargos infringentes, caracterizada a hipótese prevista em lei, o embargante deve preencher os requisitos básicos exigidos na fase recursal, sob pena de não conhecimento do recurso interposto.

O prazo para interposição dos embargos infringentes é de 15 (quinze) dias para as partes (artigo 508 do Código de Processo Civil) e ainda para o Ministério Público e o terceiro interessado (artigo 499 do Código de Processo Civil). O mesmo prazo tem o embargado para apresentar suas contra-razões 15 (quinze) dias. Existe a prerrogativa de prazo nas hipóteses dos artigos 188 e 191 do Código de Processo Civil.

Ato contínuo, o relator determina que se proceda a intimação do embargado para apresentação de suas contra-razões. Como já destacado, o pronunciamento sobre o cabimento do recurso e seu regular processamento se dá depois da manifestação da parte contrária, oportunidade em que o relator terá um panorama completo da situação.

Em caso de não admissão dos embargos infringentes, o embargante poderá ingressar com recurso de agravo interno, no prazo de 5 (cinco) dias, nos moldes do disposto no artigo 532 do Código de Processo Civil, não existindo previsão de prazo de resposta da parte contrária. Esse recurso de agravo interno será processado e

⁴²⁴ Para Moniz de Aragão tal exigência era uma “velharia desprezível, vazia de sentido” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Embargos infringentes*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 122).

julgado pelo órgão colegiado competente⁴²⁵, considerando-se para tanto a estrutura interna de cada Tribunal e seu respectivo regimento.

O julgamento desse recurso deverá ser realizado na sessão seguinte àquela decisão de indeferimento. Nesse julgamento não participará o relator, prolator da decisão recorrida. Uma vez provido, resta viabilizado o processamento dos embargos infringentes⁴²⁶.

Caso o embargante deixe de interpor o recurso de agravo interno no quinquídio, não será possível se insurgir, por exemplo, via recurso especial para atacar tal decisão. Isto porque, além de não esgotados todos os meios junto ao Tribunal local (condição sumulada pelo Tribunal Superior), não há no caso efetivamente um acórdão, mas sim uma decisão monocrática.

Se, todavia, o recurso de agravo interno for interposto, mas improvido ou mesmo não conhecido pelo colegiado, será possível o embargante tentar a reforma da decisão junto ao Tribunal Superior, desde que, evidentemente, demonstrada a violação

⁴²⁵ Em caso de inadmissão do agravo interno por alguma irregularidade (por exemplo, intempestividade), cabe a parte se utilizar de novo recurso de agravo nos moldes do disposto no artigo 557, §1º, do CPC. Araken de Assis entende que não haveria muito justificativa à inadmissão de plano, haja vista que fatalmente haveria a interposição de novo recurso: “À primeira vista, pode parecer conveniente que ao agravo interno intempestivo, por exemplo, seja imediatamente negado seguimento. Porém, da providência caberia novo agravo interno para o órgão *ad quem*, na forma do art. 557, §1º, contra-indicando tal solução” (ASSIS, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 570).

⁴²⁶ O recurso de agravo interno terá como objetivo viabilizar o processamento dos infringentes. Na hipótese de haver já um pronunciamento do colegiado acerca da questão de fundo, concluindo pela admissão dos infringentes, passando à análise da questão de fundo, em caso de reforma da decisão de primeiro grau, viável a utilização dos infringentes. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Araken de Assis “Da decisão tomada porventura pelo relator [inadmissão com base no art. 557] caberá agravo interno para o órgão fracionário do tribunal. Em tal oportunidade, submetida a decisão ao órgão fracionário, talvez se instale o dissídio antevisto no art. 530, primeira parte, divergindo um dos julgadores quanto à reforma da sentença de mérito provida pelo relator. Forçoso convir que, embora não se cuide do julgamento da apelação em sim, mas de recurso diferente – agravo -, equiparam-se as duas situações nos efeitos práticos. Negar o cabimento dos infringentes subtrairia ao vencido o reexame que lhe proporcionaria o julgamento originário da apelação pelo órgão fracionário – diretriz bem pouco razoável e, de toda sorte, pouco acomodada até mesmo à interpretação restritiva que se defende natural à admissibilidade do recurso em questão” (ASSIS, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 552).

ao texto legal e/ou ao texto constitucional. Por meio desse recurso, o embargante buscará a reforma da decisão colegiada, a fim de viabilizar a análise da questão de fundo dos embargos infringentes pelo órgão julgador (no caso, o órgão competente para o processamento dos infringentes).

Na hipótese contrária, qual seja, de admissão dos embargos infringentes, como visto em tópico específico, essa decisão é irrecurável, haja vista se tratar de decisão provisória, que não traz qualquer vinculação futura do relator ou mesmo do colegiado, quando do julgamento efetivo dos infringentes, momento em que ocorrerá o juízo de admissibilidade definitivo.

Caso o Acórdão recorrido tenha uma decisão unânime e uma decisão majoritária, nos moldes do disposto no artigo 498 do Código de Processo Civil, primeiro deve ser interposto o recurso de embargos infringentes (parte não unânime), deflagrando o prazo para interposição do recurso especial e/ou extraordinário (da parte unânime) somente com a intimação do julgamento daqueles embargos⁴²⁷.

A competência para julgamento do recurso de apelação e da ação rescisória não, necessariamente, será a mesma. O recurso de apelação será apreciado pelo tribunal estadual ou pelo tribunal regional federal, dependendo qual a for a competência para processamento da ação (competência estadual ou federal). A ação rescisória pode ser julgada pelos mesmos tribunais, dependendo qual seja a matéria e a decisão rescindenda, como também pelos tribunais superiores.

Assim, a apelação será sempre apreciada pelo tribunal local, ou mais precisamente, o órgão de segunda instância. A rescisória poderá vir a ser proposta

⁴²⁷ As orientações sumuladas do STF (Súmulas 354 e 355) ficaram superadas pela nova regra imposta pelo artigo 498 do Código de Processo Civil.

perante os tribunais superiores, devendo-se levar em conta a decisão que se busca a rescisão. No caso de competência dos tribunais superiores, configurada a hipótese de cabimento dos embargos infringentes, os mesmos deverão ser apresentados e processados de acordo com o regramento de cada regimento interno⁴²⁸.

A alteração trazida pela Lei 10.352/2001 adaptou uma regra confusa que sempre existiu em relação às decisões colegiadas com parte unânime e não unânime. Antes, no mesmo ato, a parte deveria ingressar com os embargos infringentes contra a parte não unânime e com o recurso especial e/ou extraordinário contra a parte unânime, ficando os últimos com processamento sobrestado até a definição dos infringentes. Agora, suprimiu-se essa obrigação de atacar a decisão unânime imediatamente, devendo a parte aguardar a definição dos infringentes ou mesmo a certificação da inexistência dos mesmos para somente depois, num único ato, recorrer da parte unânime e do que restou decidido nos infringentes⁴²⁹.

Apesar de oportuna e interessante a alteração, um problema prático pode a parte (para quem a decisão por maioria lhe seria benéfica) enfrentar para aferir a necessidade ou não de ingressar com recurso especial e/ou extraordinário. Pelo disposto no parágrafo único do artigo 498, o prazo para interposição dos recursos *extraordinários* deflagra com o trânsito em julgada da decisão não unânime⁴³⁰, o que

⁴²⁸ O artigo 260 do RISTJ disciplina o processamento dos infringentes.

⁴²⁹ “Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos. Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgada a decisão por maioria de votos.”

⁴³⁰ Esse prazo, configurada a hipótese do artigo 498, aplica-se para ambas as partes. Como o parágrafo único não faz qualquer distinção parece não se justificar a adoção de um tratamento diferenciado como sugere Jose Rogério Cruz e Tucci para quem o esse prazo a contar do trânsito em julgada não se aplicaria para aquele que tinha interesse em ingressar com os infringentes e não o fez. (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed. , São Paulo: RT, 2002, p. 94).

significa dizer que a parte deve monitorar a entrada do recurso de embargos infringentes e até mesmo a tempestividade do mesmo⁴³¹.

No Estado de São Paulo existe o sistema de protocolo integrado, onde é possível o protocolo de recursos endereçados ao tribunal no protocolo de qualquer foro regional⁴³². Numa hipótese em que os infringentes venham a ser protocolados numa comarca do interior, existe todo um trâmite até que o recurso dê entrada no tribunal e venha a ser juntado aos autos.

Com isso, a parte pode entender que deflagrou seu prazo previsto no parágrafo único do artigo 498, elaborando o recurso especial e/ou extraordinário, quando na verdade não seria o caso. Existem ainda situações onde a ação se processa em outro Estado, dificultando esse monitoramento por parte do procurador.

Uma saída para se evitar confusão ou mesmo o monitoramento constante por parte do recorrido seria o caso do prazo deflagrar a partir de intimação das partes, com base em certificação nos autos, dando conta que não houve interposição de embargos infringentes⁴³³.

⁴³¹ Se o recurso de embargos infringentes for intempestivo, o mesmo sequer será processado, não se podendo falar em interrupção do prazo dos demais recursos. Na situação específica do artigo 498, razoável uma interpretação mais branda da regra acima, não se podendo impor ao recorrido não só a obrigação de monitoramento, mas ainda a aferição da tempestividade. Se interposto os infringentes, ainda que fora de prazo, a parte contrária não pode ser penalizada sendo razoável sustentar que o prazo de recurso especial e extraordinário deflagraria da intimação da decisão de inadmissão. Essa interpretação até de certo ponto ponderada se aplica somente em favor do recorrido/embargado, e não daquele que interpôs os infringentes fora de prazo.

⁴³² Existe restrição somente em relação à interposição de recurso especial e extraordinário, como também dos respectivos agravos de despacho denegatório.

⁴³³ José Rogério Cruz e Tucci analisa essa dificuldade prática de controle da interposição dos infringentes: “Ressalte-se, ademais, que surgirão problemas para se ter ciência imediata da não oposição, no prazo legal, de embargos infringentes, circunstância essa que consumirá alguns dias do prazo da outra parte que pretende interpor apelo extremo. Colocada a novidade à prova, é possível que venha a ser exigida a intimação do procurador para o início da fluência do prazo, evitando-se com isso prejuízo à parte que tem interesse em recorrer...” (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed., São Paulo: RT, 2002, p. 94).

Fora de dúvida facilitaria, e muito, o regular processamento do feito, deixando até mesmo um impor um ônus desnecessário à parte que tem interesse em recorrer da parte unânime, mas tem uma decisão por maioria que lhe é favorável.

Flávio Cheim Jorge compartilha desse entendimento. Para ele seria muito mais seguro que a lei tivesse deixado expresso que o prazo deflagraria da intimação da parte dando conta da não interposição do recurso de embargos infringentes, justificando para tanto exatamente os casos em que as ações tramitam em estados diversos do escritório do advogado da parte.

Em síntese, em relação à primeira a parte deve interpor recurso de embargos infringentes e em relação à segunda, se o caso e no momento oportuno (artigo 498 do Código de Processo Civil), recurso especial e/ou extraordinário.

Vale lembrar que a interposição dos infringentes é até mesmo condição de conhecimento do recurso especial e/ou extraordinário na medida em que existe entendimento sumulado dos tribunais superiores no sentido de que se faz necessário o esgotamento das vias ordinárias para utilização da via especial⁴³⁴.

Em caso de interposição de recurso de embargos de declaração contra a decisão proferida no julgamento da apelação ou da ação rescisória, o prazo de 15 dias para a interposição dos embargos infringentes é interrompido, começando a fluir depois da publicação do Acórdão que julgar os embargos de declaração (artigo 538 do Código de Processo Civil). Essa interrupção, por evidente, somente ocorre caso os declaratórios sejam interpostos dentro do prazo legal⁴³⁵.

⁴³⁴ Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”. Súmula 207 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem”

⁴³⁵ Esse é um referencial importante. A condição para interrupção do prazo para interposição dos infringentes é que os declaratórios sejam tempestivos. Se o último for interposto fora do prazo de 5 dias, deve ser

O atual artigo 533 do Código de Processo Civil se comparado com o antigo, sofreu sensível mudança. Antes existia expressa disposição de escolha de novo relator (disposição hoje existente no artigo 534), de preferência, num que não tivesse participado do julgamento anterior. Agora, o dispositivo remete ao regimento interno de cada tribunal.

Na prática, o julgamento dos infringentes sempre se deu por outro órgão ou mesmo outra composição da Câmara/Turma Julgadora. Isso ocorria, por evidente, sempre que possível e acompanhava a disposição legal no sentido de se tentar desvincular dos mesmos julgadores “quando possível”.

Fica nítida a intenção do legislador de deixar o critério de julgamento a cargo dos regimentos internos dos tribunais. Apesar dessa aparente delegação de função, como bem destacado por J. E. Carreira Alvim, “não resistiu à tentação de fazer a mesma ressalva feita pelo antigo art. 533, quanto à escolha do novo relator, como se vê do disposto no art. 534”⁴³⁶.

Isso fica evidenciado com a nova disposição do artigo 534 do Código de Processo Civil, onde a única exigência para o julgamento dos embargos infringentes é que se faça o sorteio de um novo relator, ficando ressalvado ainda que a escolha do relator “quando possível” deve recair em juiz que não tenha participado do julgamento da apelação ou da rescisória.

considerado intempestivo. Nesse caso, o interessado em ingressar com embargos infringentes deve ter cautela ao analisar a existência de interrupção do prazo, principalmente se os embargos foram interpostos pela parte contrária, sob pena de correr o risco de não conhecimento futuro do seu recurso.

⁴³⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil*: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 190/191.

Percebe-se, portanto, que não existe regra rígida em relação à composição dos julgadores do recurso de embargos infringentes, com exceção, é claro, quanto à impossibilidade de o relator do recurso ser o mesmo da decisão recorrida. Nesse caso, fica a cargo dos Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerem a competência das Câmaras ou Grupo de Câmaras para julgamento do recurso de embargos infringentes⁴³⁷.

Os embargos infringentes devem ser interpostos por meio petição, acompanhada das razões do inconformismo e do pedido de nova decisão. A falta de pedido de nova decisão é motivo de não conhecimentos dos embargos, pois não se admite a oposição deste por mera cota. O recurso é endereçado ao relator do acórdão embargado e processado dentro dos próprios autos.

Depois de regular processamento do recurso de embargos infringentes, com encaminhamento dos autos ao Relator e depois ao Revisor (artigo 551 do Código de Processo Civil), quando da remessa do feito a julgamento, os demais componentes do colegiado receberão cópia autenticada do relatório nos moldes do disposto no artigo 553 do Código de Processo Civil.

Na sessão de julgamento, após a leitura do relatório, será dada a palavra aos procuradores da parte (artigo 554 do Código de Processo Civil), caso haja interesse na realização de sustentação oral, proferindo-se, na seqüência, a leitura do voto e o pronunciamento dos demais integrantes.

⁴³⁷ O artigo 96, inciso I, “a”, da Constituição Federal de 1988, estabelece que compete privativamente aos Tribunais: “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

O texto anterior era expresso em exigir a necessidade do preparo, mas o atual silencia a respeito, ao contrário do caso dos embargos de declaração, em que, expressamente dispensou a necessidade do preparo. No caso em que se fizer necessário o recolhimento do preparo, prevalece a regra geral inserta no artigo 511 do Código de Processo Civil, no sentido de que a comprovação deverá acompanhar a petição de interposição do recurso.

Os novos dispositivos que dispõem sobre o processamento dos embargos infringentes silenciam quanto ao preparo do recurso. Isso não significa dizer, no entanto, que a obrigação deixou de existir⁴³⁸. Nelson Luiz Pinto, ao analisar as alterações no processamento dos embargos infringentes, reporta-se à aplicação da regra geral do artigo 511 do Código de Processo Civil⁴³⁹.

No Estado de São Paulo o mesmo ocorre quanto à desnecessidade de recolhimento de preparo, com exceção quanto aos embargos infringentes em processos de competência originária do Tribunal (Lei 4952/85).

Participam do julgamento dos embargos infringentes, em regra, cinco juízes. O novo relator, o novo revisor e os três demais julgadores que escreveram o acórdão embargado, o que dá um certo aspecto de juízo de retratação.

⁴³⁸ “Não quer dizer que se haja suprimido esse requisito, em termos genéricos: o ponto ficou reservado, conforme reza o art. 511, à ‘legislação pertinente’ - expressão da qual se compreendem as normas de organização judiciária e os próprios regimentos internos dos tribunais” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V, p. 523). Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do agravo regimental nº61376, no sentido de que não há qualquer óbice à previsão constante do regimento interno (norma local) quanto ao recolhimento de preparo.

⁴³⁹ “O preparo, quando houve (não há previsão de preparo para os embargos infringentes na Justiça estadual de São Paulo), será feito previamente, e sua comprovação deverá acompanhar a petição de interposição do recurso (regra geral de preparo do art. 511 do CPC)” (PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 166).

O provimento dos embargos infringentes consiste na prevalência integral do voto vencido.

20. DIREITO INTERTEMPORAL

Como visto, as alterações impostas pela Lei 10.352/2001 trouxeram relevantes inovações nas hipóteses de cabimento dos embargos infringentes. Por se tratar de norma processual, no prazo fixado para início da sua vigência (*vacatio legis*), não há dúvida que a partir de então deve ser essa a regra a ser adotada.

Todavia, muitas vezes deparamo-nos com situações interessantes. Num caso em que o recurso de embargos infringentes já tivesse sido interposto, mas não julgado,⁴⁴⁰ ou mesmo, num caso onde o julgamento do recurso de apelação ou da ação rescisória tenha ocorrido antes da vigência da nova norma e a intimação do acórdão depois, qual critério deve ser aplicado?

Fora de dúvida que a lei processual tem vigência imediata (artigo 1211 do Código de Processo Civil), aplicando-se com algumas ressalvas casos pendentes. Contudo, para definir-se se aplicável a regra nova ou a regra velha, necessário socorrer-se aos critérios de aplicação do direito intertemporal, dentro de uma limitação definida do que viria a ser o ato jurídico perfeito e o direito adquirido da parte.

Nelson Nery Jr. escreve ser corrente a opinião de que a lei processual tem vigência imediata e se aplica aos casos pendentes, mas não de forma irrestrita. Ressalva o autor as críticas feitas por Chiovenda, para quem a regra da retroatividade

⁴⁴⁰ Marcelo Abelha Rodrigues bem coloca que “as situações processuais pendentes constituem o maior problema relativamente à aplicação das leis no tempo. Se o processo já existia quando surgiu a lei nova, devemos ter em mente: a) o conceito de processo e procedimento, explicitado no tópico precedente; b) a regra da CF/88, art. 5º, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A nova reforma processual*, Ed. Saraiva, 2003, p. 276).

da lei é *errada* e a aplicação imediata da mesma é *equivocada*, uma vez que realmente não regula fatos passados (não retroatividade) e se aplica imediatamente a atos e fatos, respeitado o ato jurídico perfeito e o direito adquirido⁴⁴¹.

Assim, tem-se de um lado a aplicação imediata para as situações futuras e de outro, a garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Para definição do que viria a ser essa garantia constitucional é preciso delimitar a partir de quando a parte passa a ter esse direito adquirido.

Em casos onde o recurso de embargos infringentes tenha sido interposto antes da vigência da Lei 10.352/2001, não há como se deixar de reconhecer o direito adquirido da parte a usufruir da regra antiga, não sendo possível a Câmara ou Turma Julgadora, pelas limitações às hipóteses de cabimento dos infringentes, aplicar a nova regra num caso onde, por exemplo, a sentença não foi reformada por maioria, existindo somente na oportunidade um voto vencido, o que na regra antiga era suficiente para o cabimento do recurso.

Assim, se os infringentes foram interpostos na vigência da regra antiga, na forma antes vigente o recurso deve ser julgado⁴⁴². A partir do julgamento desses

⁴⁴¹ Em nota feita ao texto, destaca-se: “Ao analisar as duas principais correntes sobre o direito intertemporal em matéria de lei processual, Chiovenda diz que a afirmação de que “a lei processual é retroativa” é *errada*; e a tese de que a “lei processual é de aplicação imediata” é *equivocada* (Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, 2ª ed., Nápoles, 1935, n. 27, p. 78). Assiste-lhe razão, pois a lei processual não retroage, já que editada para regular fatos e situações futuras, e se aplica imediatamente aos atos e fatos verificados depois de sua entrada em vigor, respeitados, portanto, o ato processual jurídico perfeito e o direito adquirido” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 492, nota 717).

⁴⁴² Tal regramento é aplicado para os casos em que o recurso tenha sido interposto e não julgado, como também para os casos em que as disposições da nova lei passaram a vigorar quando já deflagrado o prazo da parte. Em relação à segunda hipótese, pode-se afirmar que “interposto o recurso no procedimento previsto pela lei vigente, é este o procedimento que deve ser seguido até o julgamento do recurso” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 176).

embargos infringentes, aí sim a parte deve atentar às regras vigentes no momento para aferição do recurso a ser interposto⁴⁴³.

Situação diversa teremos quando o recurso não tenha sido interposto. Em matéria recursal, é feita uma distinção entre lei vigente no dia do julgamento e lei vigente no dia da intimação do acórdão. No âmbito doutrinário, existem posições divergentes, prevalecendo o entendimento no sentido de que a lei vigente no dia do julgamento determina o recurso cabível e a lei vigente no dia da intimação regula o procedimento⁴⁴⁴.

Marcelo Abelha Rodrigues analisa uma hipótese em que o recurso de apelação foi julgado no último dia de vigência da lei velha (artigo 530 antigo), concluindo que: “Certamente que as decisões que se tornaram públicas nessa data fizeram nascer o direito ao recurso, com aquelas hipóteses de cabimento (não se trata aqui de regra de procedimento). Por isso mesmo, negar a possibilidade de se interpor o recurso será atentar contra o direito adquirido processual”⁴⁴⁵.

Parece-nos ser essa a saída mais adequada. Se a norma processual tem aplicação imediata, considerando-se a *vacatio legis*, esse critério de adotar como

⁴⁴³ Em relação ao direito intertemporal, Cândido Rangel Dinamarco escreve: “O caráter restritivo das recém-chegadas disposições legais, que criaram novos requisitos de admissibilidade dos embargos infringentes, impõe que elas jamais se apliquem a embargos já opostos, pois essa seria uma radical e absurda retroação vedada em lei. Nem se aplicam as novas disposições aos casos pendentes no momento da vigência da nova lei, não havendo ainda sido opostos os embargos infringentes, mas sendo admissíveis segundo a lei velha. O direito a esses embargos já estava incorporado ao patrimônio jurídico-processual da parte e não se admite que esse direito adquirido fosse atingido pelas restrições supervenientes, sob pena de ilegítima retroatividade destas. Esse é um caso muito nítido de aplicação da regra segundo a qual a admissibilidade de um recurso se afere pela lei do tempo da publicação da sentença ou acórdão recorrível, não podendo ser eliminada ou restringida pela lei posterior.” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2ª Ed., p. 208)

⁴⁴⁴ “Quando se tratar de acórdão, tem-se publicada a decisão no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia publicamente o resultado do julgamento. A lavratura do acórdão é mera documentação do que foi decidido” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 174).

⁴⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha; DIDIER JR, Fredie; JORGE, Flavo Cheim, *A nova reforma processual*, Ed. Saraiva, 2002, p. 166.

referência a data do julgamento é coerente, haja vista que gera a expectativa de um direito tão logo finalizado o julgamento, não se podendo restringir esse direito se, por algum motivo, essa decisão colegiada é publicada meses depois⁴⁴⁶.

Bernardo Pimentel Souza sustenta que para verificação da admissibilidade dos embargos infringentes “importa somente o dia em que o presidente do colegiado tornou pública a decisão na forma do artigo 556. A posterior demora na redação do respectivo acórdão à luz das formalidades dos artigos 165, 458 e 563 em nada altera a recorribilidade do anterior julgamento proferido por maioria de votos em apelação e ação rescisória”⁴⁴⁷.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos embargos de divergência nº 649.526/MG, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, analisando especificamente a questão do direito intertemporal à luz da nova regra do artigo 530 do Código de Processo Civil, decidiu que o recurso a ser interposto toma como base a lei vigente no momento em que a decisão foi proferida, no caso, considerada a sessão de julgamento em que foi anunciado o resultado do julgamento pelo Presidente⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Nelson Nery Jr. faz a distinção da aplicação da regra para os casos de decisão monocrática e decisão colegiada: “Por “dia do julgamento” deve entender-se a data em que foi efetivamente publicada a decisão impugnável. No primeiro grau a decisão é publicada quando o juiz entrega ao escrivão, quando não mais pode alterá-la (CPC 463). O “dia da sentença” é aquele em que o juiz a publicou, quer em cartório, nas mãos do escrivão. Nos tribunais, o “dia do julgamento” é aquele em que o órgão colegiado proferiu o julgamento, isto é, “no momento em que o presidente, de público, anuncia a decisão, conhecendo ou não conhecendo do recurso, provendo ou improvendo o recurso, ou, ainda, julgando a ação de competência originária” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 494).

⁴⁴⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, São Paulo, 2007, 4ª Edição, Saraiva, p. 363.

⁴⁴⁸ Ementa: “Embargos infringentes. Art. 530 do Código de Processo Civil. Alteração pela Lei nº10.352/01. Direito intertemporal. Precedentes da Corte. 1. O recurso rege-se pela lei do tempo em que proferida a decisão, assim considerada nos órgãos colegiados a data da sessão de julgamento em que anunciado pelo Presidente o resultado, nos termos do art. 556 do Código de Processo Civil. É nesse momento que nasce o direito subjetivo à impugnação. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos” (ERESP 649.526/MG, DJU 13.02.2006)

⁴⁴⁹ A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu: “...II – Proferido o julgamento da apelação sob a égide da redação primitiva do art. 530 do Código de Processo Civil, aos embargos infringentes aplicam-se as normas então vigentes, mesmo que a intimação do acórdão se dê após a entrada em vigor da nova legislação

Num posicionamento diverso, mas anterior à decisão da Corte Especial, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que em matéria de direito processual civil (intertemporal) aplica-se a lei vigente no tempo da publicação do acórdão e não a lei em vigor no tempo do julgamento⁴⁵⁰.

Nota-se assim que para saber qual recurso deve ser interposto, deve o embargante ter presente qual a norma vigente no momento do julgamento do recurso de apelação ou da ação rescisória, não se considerando a data da intimação pelo Diário Oficial⁴⁵¹⁻⁴⁵².

(Lei nº10.352/01). Precedente da Corte Especial” (RESP 695.127/DF, DJU 26.03.2007). No mesmo sentido, RESP 115.183/GO; RESP 179.519/SP; AgRg no Ag 566.108/SP.

⁴⁵⁰ “1 – Em matéria de direito processual civil (intertemporal), no concernente às hipóteses de cabimento de recurso, aplica-se a lei vigente ao tempo da publicação do acórdão que se pretende atacar e não aquela em vigor ao tempo da sessão de julgamento. Precedentes deste Corte” (RESP 525.770/RJ, DJU 03.11.2003).

⁴⁵¹ Situação interessante foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao critério que deve ser adotado quando a parte se utiliza dos embargos de declaração. Nesse caso adiante referido a interposição/julgamento de recurso de embargos de declaração alterou a hipótese de cabimento dos infringentes. No corpo da ementa constou o seguinte: “1 – No que concerne à aplicação do art. 530 do CPC, já com a redação dada pela Lei 10.352/01, verifico que o julgamento da apelação ocorreu em 18.10.2001, tendo o acórdão sido publicado em 30.11.2001. Entretanto, em 07.11.2001 houve a oposição de embargos de declaração, que interromperam o prazo recursal, cujo acórdão foi publicado em 10.06.2002, quando já vigia a nova redação do referido dispositivo legal. A partir daí é que iniciou-se o prazo para interposição de eventual recurso. Logo, a lei processual aplicável, indiscutivelmente, é a que deu nova redação ao artigo 530 do Código de Processo Civil, cuja vigência se deu em período bem anterior – 26.03.2002 – à abertura do prazo recursal” (RESP 860.052/SC, DJ 30.10.2006)

⁴⁵² Em sentido contrário foi o entendimento da Sexta Turma do mesmo Tribunal Superior. Para facilitar a comparação, faz-se a transcrição de parte da ementa: “1. O acórdão da apelação foi publicado antes da vigência da Lei nº10.352/2001, que, alterando a redação do artigo 530 do Código de Processo Civil, estabeleceu novos requisitos de admissibilidade ao recurso de embargos infringentes. 2. É no momento da publicação do julgado que se afere o cabimento de recurso para impugná-lo. Na hipótese dos autos, eram cabíveis embargos infringentes no momento da publicação do acórdão da apelação, de acordo com os requisitos de admissibilidade do artigo 530 da lei de rito, sem a incidência das alterações introduzidas pela Lei nº10.352/2001. 3. “Se o acórdão suscetível de embargos infringentes foi publicado na vigência da lei velha e uma das partes opôs embargos declaratórios a ele, a superveniência da lei restritiva da admissibilidade daqueles não se aplica ao caso, sob pena de irretroatividade ilegítima, porque os embargos infringentes terão sempre por alvo o acórdão aclarado e só em segundo plano o aclarador; o direito de opô-los serão, como sempre, regido pela lei do tempo da publicação do acórdão e não pela nova (Pedro da Silva Dinamarco)” (DINAMARCO, Cândido Rangel, A reforma da reforma, 6. Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 208)”. Em se comparando os dois posicionamentos adotados pelo STJ, o último parece ser o mais adequado. No caso de interposição de embargos de declaração para eventualmente se delimitar a abrangência do voto vencido, sem sentido impor-se uma restrição à utilização dos infringentes.

21. CONCLUSÃO

As alterações na regra de cabimento e processamento dos embargos infringentes eram necessárias. Apesar da relevante importância do recurso e o efetivo resultado prático quando utilizado, realmente, a inexistência de restrição à utilização do recurso culminava com a apresentação de recursos impertinentes, sem qualquer argumento relevante, justificando até mesmo a ira daqueles contrários à manutenção do mesmo no sistema recursal.

Com a mudança, vieram as discussões/divergências. Quando a situações práticas foram aparecendo, as discussões surgiram, sempre bem fundamentada, nesse ou naquele sentido, justificando o cabimento ou não do recurso. Ao que se nota depois de alguns anos de vigência da nova regra, a redação do artigo 530 é deficitária, culminando com interpretações em mais de um sentido, o que chega até mesmo a prejudicar o regular trâmite do processo.

Pelo levantamento feito, a grande maioria das discussões doutrinárias/jurisprudenciais gira em torno do cabimento dos infringentes. Superada a fase inicial, a análise fica centrada na questão de direito material.

Não obstante, fica demonstrado com tudo o quanto acima consignado que o recurso de embargos infringentes não pode, em hipótese alguma, ser abolido do sistema, sob o fundamento de que o mesmo é protelatório ou repetitivo. Os números respondem por si só.

BIBLIOGRAFIA

- ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 14. Ed. Lisboa: Ediforum Edições Jurídicas, 1997
- ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda, *Mandado de segurança no direito tributário*, São Paulo: RT, 1997.
- ALVIM, José Eduardo Carreira, *Alterações do Código de Processo Civil: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004
- ALVIM, Thereza, *O direito processual de estar em juízo*, São Paulo: RT, 1996.
- ALVIM, Thereza, *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo, RT, 1977
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. III.
- AMERICANO, Jorge. *Estudo theorico e pratico da acção rescisória dos julgados no direito brasileiro*, 3. Ed. , São Paulo: Saraiva, 1936.
- AMBRA, Luiz Embargos de Terceiro, São Paulo, RT
- ARMELIN, Donaldo, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, SP, RT, 1979
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: RT, 1996, vol. III.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo, RT, 1972, v. I.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Manual de direito processual civil*, 11. Ed. São Paulo: RT, 2006, v. I.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Manual de direito processual civil*, 11. Ed. São Paulo: RT, 2006, v. II.

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Tratado de direito processual civil*, 2. Ed., São Paulo: RT, 1990, v. I.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Notas sobre algumas mutações verificadas com a Lei 10.352/2001*, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, 2002, 6 série
- ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa, “Dúvida” objetiva: único pressuposto para aplicação da teoria do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 65, jan-mar. 1992.
- *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, 3. Ed., São Paulo: RT, 1994.
- *O novo regime de agravo*, 2. Ed., São Paulo: RT, 1996
- O terceiro recorrente, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 59, jul-set, 1990.
- Teria Geral dos Recursos, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 58, abr-jun, 1990.
- ASSIS, Araken de, *Manual dos Recursos*, 1ª ed, São Paulo, RT, 2007, p. 547.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de direito processual civil*, 2, ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, v. 1.
- BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2, ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, v. I.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, vol. V
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro, 1968.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

- BARRETO, Aires F. Prazo para recorrer e momento do preparo. *Boletim IOB de jurisprudência*, n. 16/96, t. 3/11159, 2ª quinzena, agosto, 1995.
- BATISTA MARTINS, Pedro, *Recursos e processos de competência originária dos tribunais*, Rio de Janeiro, Forense, 1957.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 1996
- BERMUDES, Sérgio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6 ed. São Paulo: RT, 1997.
- BERMUDES, Sérgio, *Curso de direito processual civil: recursos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- BORGES, Marco Afonso. Breve notícia sobre a evolução histórica do direito processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, RT, n. 50, abr-jun, 1988.
- BORGES, Marco Afonso, *Revista de processo*, São Paulo, RT, volume 106.
- BORGES, Marco Afonso, *Embargos infringentes*, 3 ed., Ed. AB.
- BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1951.
- *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1956.
- CALDAS, Gilberto. *Recursos cíveis no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Universitária de direito, 1976.
- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Commentarios ao Codigo de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, São Paulo: Livraria Academica Saraiva, 1933, v. V.
- CARNEIRO, Athos Gusmão, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, volume 108.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- *Código de Processo Civil reformado*, 2. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Da acção rescisoria das sentenças e julgados*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.
- CARVALHO ROENICK, Hermann Homen de. *Recursos no CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. Rio Grande do Sul: Aide, 1997.
- CENTARO, Roberto. *Commento alla riforma del Codice di Procedura Civile*, Maggioli Editore, 1992.
- JORGE, Flávio Cheim, *Chamamento ao processo*. São Paulo: RT, 1997.
- JORGE, Flávio Cheim, *Apelação Cível*. São Paulo: RT, 1999.
- JORGE, Flávio Cheim, *A Nova Reforma Processual*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I.
- *Instituições de direito processual civil*, Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. III.
- COSTA E SILVA, Antonio Carlos. *Dos recursos em primeiro grau de jurisdição*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- COSTA MACHADO, Antonio Cláudio. *A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Inovações no Processo Civil, Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001*, 1. ed, São Paulo: Dialética, 2002
- DE PAULA, Alexandre. *Código de Processo Civil anotado*, 6. Ed., São Paulo: RT, 1994, vol. II.
- DE SANTO, Vitor. *Tratado de los recursos*, Buenos Aires: Editora Universidad., 1987, t. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002
- *Litisconsórcio*, 3. Ed. São Paulo, Malheiros, 1994.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 60, out-dez. 1990

- FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERRAZ NOGUEIRA, Antonio de Pádua. Princípios fundamentais dos embargos de declaração (com alterações da Lei 8950/94). *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jan-mar. 1995.
- FIDELIS DOS SANTOS, Ernani. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FORNACIARI JUNIOR, Clito. *Reconhecimento jurídico do pedido*. São Paulo: RT, 1977.
- FRAGA, Affonso, Instituições do processo civil do Brasil, tomo III, p. 10.
- GIANESINI, Rita. *Renúncia do direito de recorrer*, Verbete na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo: Saraiva, v. 65, 1981.
- GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- GRECO FILHO, Vicente, *Direito processual civil brasileiro*, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. II.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: Bustatsky, 1974.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, 2 ed, Madrid: Graficas Gonzales, 1961, v. II.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I.
- *Manuale di diritto processual civil*. 4. Ed. Milano: Giuffré, 1981, v. II.
- LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 23, jul-set. 1981.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 4 ed., São Paulo: RT, 1996.

- MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*, 4. Ed., São Paulo: RT, 1991.
- MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, 3. Ed., Rio de Janeiro: 1969, v. IV.
- *Manual de direito processual civil*, 9. Ed., São Paulo: Saraiva, 1987, v. III.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1999
- MENDONÇA LIMA, Alices de. *Direito processual civil*, São Paulo: Buhatsky, 1977.
- *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 1976.
- *Sistemas de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. II
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu de, *Embargos infringentes*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- NEGRÃO, Thetonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39 ed., São Paulo, 2007.
- NEGRI, Marcelo, *Embargos infringentes*, São Paulo, Del Rey, 2007
- NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil de 1994 e de 1995*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª ed., São Paulo, RT, 2004,
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*, 9ª ed., São Paulo, 2007.
- NETO, Luiz Orione, *Recursos cíveis*, São Paulo, Saraiva, 2006
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Alberto-Perrot., t. V.
- PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça: teoria geral e admissibilidade*. 2. Ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- PINTO, Nelson Luiz, *Manual dos Recursos Cíveis*, São Paulo, Malheiros, 2004.

- PINTO, Walter S. Fungibilidade recursal – Prazo próprio do recurso interposto, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 83, jul-set, 1996.
- PINTO FERREIRA, *Teoria e prática dos recursos e da ação rescisória no processo civil*, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, t. IX.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- ROENICK, Hermann Homem de Carvalho, *Recursos no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Aide, 1ª Ed., p. 13
- RIZZI, Sérgio, *Ação Rescisória*, 1. Ed., RT.
- RIZZI, Sérgio, Recurso adesivo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 30, abr-jun, 1983.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos, *Manual de direito processual civil*, 11. ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva.
- SANSEVERIANO, Milton. Fungibilidade dos recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 25, jan-mar, 1982.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: RT, 1997.
- SHIMURA, Sérgio Seiji, Recurso Adesivo – Sentença que rejeita prescrição. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n.76, out-dez, 1994.
- SHIMURA, Sérgio Seiji, Embargos infringentes e seu novo perfil – Lei 10352/2001, in NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*, São Paulo: RT, 2002, 5 série.
- SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recurso cíveis e à ação rescisória*, São Paulo, 2007, 4ª Edição, Saraiva.

- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002
 - WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Curso Avançado de Direito Processual Civil*, coordenação Luiz Rodrigues Wambier, RT, vol. 1.
 - ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, “Dúvida” objetiva: único pressuposto para aplicação da teoria do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 65, jan-mar. 1992.
 - TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: Teixeira, Sávio Filgueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
 - TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo, O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: Teixeira, Sávio Filgueiredo (coord), *Recursos para o Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991.
 - THEODORO JUNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
 - THEODORO JUNIOR, Humberto, *Processo de Conhecimento*, volume I, 45ª ed., Rio, Forense
 - TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. III.
- TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2 ed. , São Paulo: RT, 2002

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)