

## Embargos de divergência e os pressupostos de admissibilidade

Talvez pelo restrito campo de cabimento ou até mesmo pelo seu desconhecimento, o recurso de embargos de divergência acaba não atraindo a devida atenção que merece, o que, infelizmente, suprime muitas vezes a última oportunidade para que os operadores e postulantes do direito possam ter sua pretensão reapreciada pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

Com previsão no artigo 994, inciso IX, e o seu devido detalhamento nos artigos 1.043 ao 1.044 do Código de Processo Civil, trata-se de um recurso que enseja a correção de interpretação jurídica em prol da uniformização da jurisprudência. Pela sua peculiar natureza, exsurge da existência de divergência decisória no âmbito dos órgãos fracionários (*intra murus*) dos tribunais superiores, cujas normas regimentais [\[1\]](#) também devem ser observadas para a interposição, o conhecimento e, notadamente, o aguardado julgamento do mérito recursal.

No que tange especificamente ao Supremo Tribunal Federal, o recurso está assim disciplinado no respectivo regimento interno:

*Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal.*

Já no Superior Tribunal de Justiça, identificamos as seguintes normas regimentais:

*Art. 266. Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal, sendo: (...)*

(...)

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

Particulariza-se esse recurso corretivo na necessidade de se cotejar analiticamente o acórdão embargado (que se pretende ver reformado ou anulado) com um ou mais acórdãos paradigmas, quando a divergência entre eles disser respeito a questão (1) de mérito ou (2) sendo um de mérito e o outro, ainda que o recurso não tenha sido conhecido, tenha tido a controvérsia (mérito) apreciada [\[2\]](#).

Tal confrontação deve ser ampla e satisfatoriamente comprovada, de modo a apontar a similitude fática, seguida de resultados jurídicos (teses) diversos. Isso porque, consoante remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *“torna-se imprescindível a comprovação da precisa identificação entre as circunstâncias que assemelham os casos confrontados, mediante a exatidão do contexto fático-processual entre a decisão recorrida e o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, não se perfazendo com a simples transcrição de ementas”*[3].



## Uniformização de teses processuais e órgãos competentes

Já em relação à análise e julgamento meritários, os embargos de divergência se revelam extremamente exponenciais. De grande medida, pois, além de mirarem a necessidade de pacificação de questões fincadas no direito material, ainda servem para a uniformização de teses jurídicas de ordem processual, ou seja, aquelas em que se discute supostas violações de normas que disciplinam a condução do processo (v.g. competência, citação, prazos etc.). É o que prescreve o § 2º do artigo 1.043 do nosso diploma processual, na esteira dos princípios processuais da instrumentalidade e efetividade, em prol da prestação jurisdicional para a obtenção da devida resolução da controvérsia existente.

Quanto à definição do órgão competente para o seu processamento e julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal caberá ao Plenário julgar os embargos de divergência manejados contra acórdão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo, divergir de julgado de outra Turma ou do próprio Plenário.

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, caberá ao Corte Especial, se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, entre Turma e Seção diversa, ou entre Turma com a própria Corte Especial. Já se se tratar de competência das Seções, o julgamento ocorrerá quando as Turmas divergirem entre si ou de julgado da Seção que integram.

## Orientação

Mas não é só isso. Acresça-se ainda o seguinte: por se tratar de julgamento de um recurso no âmbito excepcional em prol da pacificação jurisprudencial interna dos nossos tribunais superiores, servir à sua *ratio decidendi* com maior razão de orientação para toda Justiça local (1º e 2º graus de jurisdição), a fim de que causas com debates similares possam ser definidas por meio da esperada jurisprudência estável, íntegra e coerente (artigo 926 do Código de Processo Civil).

É evidência, à jurisdição recursal atendendo à finalidade máxima do processo para a solução de conflitos com isonomia e segurança jurídicas.

## Cabimento

Apesar do exposto, quando o manejo dos embargos de divergência tiver como objeto a uniformização de jurisprudência a respeito de correção de tese jurídica envolvendo a aplicação do direito processual, também incluídas as regras técnicas para o conhecimento de apelos excepcionais (vale dizer, os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial), alguns aspectos precisam ser cuidadosamente observados, para evitar o não conhecimento e, portanto, a inviabilidade de análise e julgamento do mérito recursal.

Sem prejuízo, evidentemente, de se comprovar no ato da interposição do recurso de divergência seus respectivos e indispensáveis pressupostos de admissibilidade, o embargante não pode se descuidar acerca das questões que envolvem o seu cabimento.

Isso porque, além de se tratar de um recurso que exige seja demonstrado o devido cotejo analítico das teses – conforme acima mencionamos – e a comprovação existencial e oficial dos acórdãos paradigmáticos (ainda que tratando de direito processual), os embargos não ultrapassarão o juízo prático de admissibilidade se o acórdão recorrido, por sua vez, tiver sido decidido pelo órgão fracionário com base exclusivamente na mera aplicação – e correta – de regra técnica de conhecimento.

Só para se ter uma ideia, imagine a hipótese de um agravo em recurso especial em que não houve a impugnação de todos os fundamentos decisórios que inadmitiram o recurso especial. Nesse caso, é unânime o entendimento jurisprudencial [4] de que caberia à parte se insurgir em relação a todos eles; não o fazendo, o recurso não será conhecido por conta do óbice da Súmula 182/STJ [5].

Nesse sentido é o entendimento que se observa do enunciado 315 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que tem a seguinte redação:

*“Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.*

Em reforço, *a contrario sensu*, é o que prevê a subseqüente Súmula 316:

*â??Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial?*

Em linhas gerais, se esse recurso de agravo (atualmente o agravo em recurso especial do artigo 1.042, do Código de Processo Civil) sequer foi provido para permitir o avanço e o julgamento do pedido de reforma e/ou anulação do recurso especial, à vista da incidência de óbices de admissibilidade, são incabíveis os embargos de divergência. Sob outro prisma, se o agravo foi provido para que o recurso especial seja conhecido e (des)provido, cabível o recurso de divergência.

Mas o cenário original de 2015 não era assim. É bom lembrar que na redação original do nosso Código processual existia o inciso II do artigo 1.043 que autorizava o cabimento dos embargos quando houvesse entre o julgado recorrido e o paradigma divergência relativa a entendimento sobre juízo de admissibilidade. No entanto, por meio da reforma implementada por meio da Lei n. 13.256/15, tal norma foi revogada.

Em que pese, e ainda que passível de críticas, essa mudança não inviabilizou o manejo do recurso de divergência em situações mercedoras de pacificação de tese jurídica acerca de descertados óbices de admissibilidade.

É certo que se a divergência a ser dirimida nesse recurso estiver relacionada apenas à mera aplicação de regra técnica de conhecimento (preenchimento dos pressupostos de admissibilidade), os embargos não serão conhecidos. Como já pontuamos, a prática de erros graves de admissibilidade no ato da postulação recursal, bem como sua perpetuação naquelas hipóteses em que foi oportunizada sua correção (erro formal), mas mesmo assim isso não ocorreu, indiscutível a incidência da Súmula 315/STJ.

No entanto, se o tema recursal disser respeito exclusivamente à correta interpretação das regras processuais específicas de admissibilidade (v.g. prequestionamento, prazo e preparo), o jurisdicionado poderá se servir do recurso.

Em casos assim, trata-se de hipótese perfeitamente aceita para o cabimento de embargos de divergência, posto que não se discute mero erro decisório quanto à aplicação de óbices de admissibilidade. O que será buscado nessa particular situação será o reconhecimento quanto ao dissídio envolvendo a interpretação da exigência, do significado ou do alcance de óbice aplicado na espécie.

A respeito, valioso o seguinte trecho do voto da ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento ocorrido nos EREsp 1.447.624/SP, DJe 11/10/2018, oportunidade em que foi travado debate sobre regra processual em que se discutiu o conceito (interpretação) de deserção (pressuposto de admissibilidade):

*“Diferente à hipótese, todavia, em que o dissenso se verifica com relação à própria interpretação de lei federal relativa a regra processual, como no caso em exame, no qual se discute o conceito de deserção. Destaque-se, não se trata de reexaminar a admissibilidade do recurso especial no caso concreto, mas, sim, de interpretar a norma abstratamente considerada”*



Ante as várias nuances que os embargos de divergência detêm, não só vale esse específico aprofundamento na sua instrumentalidade, como o presente artigo ainda serve de alerta para a sua utilidade em situações que aparentemente não se sujeitariam a outro recurso com chance de êxito, porquanto esse recurso pode viabilizar o conhecimento e o julgamento dos apelos excepcionais em casos específicos de dissídio em relação à interpretação, ao alcance e à extensão dos próprios requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

[1] No Supremo Tribunal Federal, artigos 330 a 332, do RISTF, e no Superior Tribunal de Justiça, artigos 266 ao 267, do RISTJ.

[2] Cf. incisos I e II do artigo 1.043 do Código de Processo Civil.

[3] EAREsp n. 870.517/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 7/6/2017, DJe de 21/6/2017.

[4] EAREsp 831.326/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/09/2018, DJe 30/11/2018.

[5] Súmula 182/STJ: *É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.*

**Autores:** Ricardo Berzosa Saliba, Bernardo Pimentel Souza