

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

João Víctor Brisch

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA:
análise do recurso uniformizador enquanto meio de formação de precedente judicial

Porto Alegre
2021

João Víctor Brisch

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA:

análise do recurso uniformizador enquanto meio de formação de precedente judicial

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre

2021

CIP - Catalogação na Publicação

Brisch, João Víctor

Embargos de divergência: análise do recurso uniformizador enquanto meio de formação de precedente judicial / João Víctor Brisch. -- 2021.

73 f.

Orientador: Fabiano Menke.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Embargos de Divergência. 2. Precedente Judicial. 3. Direito Processual Civil. I. Menke, Fabiano, orient. II. Título.

João Víctor Brisch

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA:

análise do recurso uniformizador enquanto meio de formação de precedente judicial

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 19 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Menke
Orientador

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Prof^a. Me. Lenine Munari Mariano da Rocha

Dedico esta monografia ao meu amado pai, Victor Hugo Brisch (*in memoriam*), meu herói, o lutador que me ensinou a perseverar contra todas as adversidades. Sua ética, sua dedicação, sua docilidade para com todos e seu respeito pela *res publica* são a força motriz desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, o farol que ilumina a minha vida e o Atlas que sustenta meu mundo: à minha mãe, Lenira Brisch, por ser a minha professora na vida e nos estudos; à minha dinda, Eleizer das Dores Corrêa, por todo seu amor e dedicação; aos meus gatos, Aquiles e Max, por serem a nossa luz, nosso riso e nossa vida. E a ti, pai, por seres agora, como foi em vida, o meu anjo da guarda.

Aos meus colegas de faculdade, Christian Rogério Silveira Cardoso, Carlos d'Avila Pacheco, Edson Vladimir Torres, Leonardo Augusto Calegari e Lucca Cericato Simioni, por serem os melhores amigos que eu poderia conhecer na Faculdade de Direito. A experiência da graduação não seria a mesma sem vocês.

Ao Desembargador Cláudio Luís Martinewski, pelo privilégio de ser seu estagiário na 23ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, igualmente, ao Dr. Afif Jorge Simões Neto, por me proporcionar tamanho crescimento profissional. Em equânime medida, agradeço aos assessores Anderson Renosto Lima, Daniel Mazoni, Marcio Cristiano de Castro Scotti, Simone Dotto e ao colega de estágio Arthur Künzel Salomão pela qualificada receptividade nesse magnânimo ambiente de trabalho. Vocês tornaram os meus dias mais animados nos últimos dois anos, mesmo que à distância.

À Dra. Joane Unfer Calderaro, por me oferecer o primeiro estágio em gabinete e pelo aprendizado que tive consigo na 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, e ao Dr. Rodrigo Koehler Ribeiro, durante seu período de substituição. Equitativamente, minha gratidão aos servidores do gabinete: Georgiana Baum, Jailson Rogério Massariol da Silva, Loraine Aparecida Campanaro da Silva, Sheila Barros Cavedon e ao estagiário Victor Villanova Valente, pelos ensinamentos em meus primeiros passos profissionais. Ainda, agradeço aos servidores da Divisão de Apoio às Turmas Recursais, onde comecei meu estágio na Justiça Federal, o melhor lugar para consolidação de conhecimentos que um calouro poderia pedir, e, em especial, sua Diretora, Suze Pereira Justino Silveira.

Ao professor Dr. Gerson Luiz Carlos Branco e à professora Me. Lenine Munari Mariano da Rocha, por aceitarem o convite para compor a banca desta monografia.

Em especial ao professor Dr. Fabiano Menke, por orientar este trabalho e pela personificação de excelência como advogado e professor que o senhor simboliza para os graduandos da Faculdade de Direito da UFRGS.

Eu não seria uma fração de quem eu sou hoje sem a contribuição de vocês e, por isso, meu muito obrigado!

RESUMO

A promulgação do Código de Processo Civil de 2015 promoveu transformações marcantes para o direito processual civil brasileiro, mormente a incorporação de modernas correntes doutrinárias, dentre essas os precedentes judiciais obrigatórios. Considerando a temática exposta, esta monografia busca esclarecer o enquadramento do julgamento dos embargos de divergência no sistema de precedentes judiciais recepcionado pela nova legislação, haja vista a relevância deste último instituto para a promoção da segurança jurídica e da unidade na interpretação do direito. O trabalho segue uma abordagem metodológica pelo método dedutivo e desenvolve-se orientado pelo método francês. A primeira parte do estudo é dedicada a uma análise doutrinária do recurso, na qual se aborda a sua evolução histórica, suas características, a competência para o julgamento nos Tribunais Superiores e, findando esta parte, as questões referentes ao cabimento do recurso. A segunda parte aborda os precedentes judiciais, analisando sua formação, seus aspectos estruturantes, a sua recepção pelo Código de Processo Civil e o enquadramento dos embargos de divergência enquanto precedente obrigatório. Ao final da monografia, conclui-se que o precedente obrigatório formado pelo julgamento em embargos de divergência possui superior relevância sobre os outros precedentes judiciais emitidos pelas Cortes Superiores.

Palavras-chave: Embargos de divergência. Divergência jurisprudencial. Cortes Superiores. Precedente judicial. Eficácia vinculante.

ABSTRACT

The proclamation of 2015's Code of Civil Procedure made impactful transformations to the Brazilian civil procedure law, adhering to modern doctrinal propositions, one of those being the binding judicial precedent. Regarding this theme, this essay aims to shed light about the placement of the judgement of the embargoes of divergence in the system of judicial precedents recently integrated by the new legislation, given the important role played by this system in the promotion of legal certainty and unity in the interpretation of law. The study uses the deductive method as its methodological approach and is developed by the French method. The first part of the study is dedicated to a doctrinal analysis of the embargoes of divergence, upon an examination about its historical evolution, its characteristics, the internal jurisdiction in the Superior Courts for its judgement and, by the end of this part, the topics inherent to the suitability of the appeal. The second part studies the judicial precedents, examining its formation, its foremost attributes, its reception by the Code of Civil Procedure and, nearing its closure, the placement of the embargoes of divergence as a binding precedent. At the conclusion, it is deduced that the binding precedent formed from the judgement of the embargoes of divergence has superior relevance over the other judicial precedents established by Superior Courts.

Key words: Embargoes of divergence. Jurisprudential dissent. Superior Courts. Judicial precedent. *Stare decisis*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt – Agravo Interno

AgR-ED-EDv-AgR – Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental

AgRg – Agravo Regimental

AREsp – Agravo em Recurso Especial

CPC – Código de Processo Civil

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

EAREsp – Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial.

EREsp – Embargos de Divergência no Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ANÁLISE DO RECURSO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	14
2.1 Breve esboço histórico	14
2.2 Características dos embargos de divergência	21
2.2.1 Considerações iniciais	21
2.2.2 Recurso extraordinário em sentido amplo	21
2.2.3 Recurso de fundamentação vinculada	23
2.2.4 Finalidade	24
2.2.4.1 A desistência do recurso pelo embargante e a continuidade do interesse no julgamento. A Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS	26
2.3 Requisitos formais	29
2.3.1 A sanabilidade dos vícios formais	30
2.4 Competência para o julgamento	32
2.5 Cabimento	34
2.5.1 A indicação de divergência entre o acórdão embargado proferido por órgão fracionário e o acórdão paradigma	35
2.5.2 A divergência entre acórdão de mérito e acórdão que não conheceu do recurso, porém apreciou a controvérsia	37
2.5.3 A indicação de divergência com base em acórdão proferido pelo mesmo órgão fracionário que julgou o acórdão embargado, porém após a alteração de mais da metade de seus julgadores em sua composição	38
2.5.4 Possibilidade de divergência em relação ao direito material e ao direito processual	40
2.5.5 O cotejo analítico de divergência atual	43
2.5.6 A questão da semelhança fática no contexto da divergência	46

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO E OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

3.1 Considerações iniciais	49
3.2 Delineamentos conceituais	50
3.2.1 Caracterização doutrinária do <i>Civil Law</i> e do <i>Common Law</i>	50
3.2.1.1 O <i>Civil Law</i> – ou tradição romano-germânica	50
3.2.1.2 O <i>Common Law</i> – ou tradição anglo-saxônica	53
3.2.2 <i>Stare decisis</i> : a obrigatoriedade dos precedentes judiciais	56
3.2.2.1 A evolução do precedente obrigatório	56
3.2.2.2 Precedente - <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dicta</i>	57
3.2.2.3 Aplicação do precedente e a distinção – <i>distinguishing</i>	59
3.2.2.4 Formas de superação do precedente	61
3.2.2.4.1 Superação total - <i>overruling</i>	61
3.2.2.4.2 Superação parcial - <i>overriding</i>	62
3.3 O sistema de precedentes sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 ...	63
3.3.1 O enquadramento dos embargos de divergência enquanto precedente judicial.....	64
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro passou por uma transformação quando da promulgação do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. Não apenas houve uma mudança de legislação atinente aos processos judiciais, mas também ocorreu uma incorporação inequívoca de novos princípios e ponderações doutrinárias no corpo da legislação, adequando-se a posições doutrinárias contemporâneas na mais diversa gama de matérias processuais.

Destaca-se, neste aspecto, a metamorfose ocorrida nas normas iminentes aos processos nos tribunais, especialmente naquelas concernentes aos precedentes judiciais, os quais foram inequivocamente recepcionados pela novel legislação. Adicionalmente, houve uma mudança de tratamento legislativo em relação aos recursos direcionados ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), coadunando-se com as alterações pertinentes à recepção dos precedentes no direito processual civil brasileiro. Tendo em vista a função constitucional incumbida a essas Cortes Superiores, quais sejam a atribuição de um sentido uno ao direito constitucional e federal infraconstitucional, respectivamente, e o seu consequente enquadramento como Cortes de vértice, o legislador ordinário registrou, de certa forma, a obrigatoriedade de seus precedentes aos juízes de primeira instância e aos tribunais de segunda instância, a fim de garantir a prolação de uma decisão justa, por meio da plena análise dos fatos e pela interpretação do direito conforme manifestado pelas Cortes Superiores.

Dentro do tema de precedentes judiciais e de recursos para os Tribunais Superiores, destaca-se o recurso de embargos de divergência, previsto apenas nessa instância jurisdicional e interposto, conforme sua nomenclatura permite deduzir, em face de um dissídio instalado entre os órgãos jurisdicionais internos do STF ou do STJ, quando do julgamento de um recurso extraordinário ou de um recurso especial. Nesta égide, o presente estudo busca esclarecer se os embargos de divergência, em se tratando de um recurso interposto para o fim de dissipar um dissenso interno à Corte Superior acerca de uma questão de direito, constituem, quando de seu julgamento, um precedente judicial imbuído de superior relevância em comparação com os demais precedentes judiciais formados pelas Cortes Superiores. Pretende-se,

para tanto, compreender o contexto histórico de formação dos embargos de divergência no ordenamento jurídico brasileiro, suas características delineadas pela doutrina consultada e seu enquadramento enquanto meio formador de precedente judicial, mediante uma análise dos precedentes do direito processual civil brasileiro. Usou-se como base teórica as produções de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, além das dissertações de Mestrado de Fabiano da Rosa Tesolin e de Luiza Silva Rodrigues.

Uma análise detida dos embargos de divergência constitui relevante objeto de estudo, pois sua interposição ocorre apenas em face de precedentes firmados pelas Cortes Superiores e, se identificado um dissídio entre as razões de decidir confrontadas, o julgamento dos embargos expõe a interpretação adotada pelo tribunal sobre a questão de direito impugnada, promovendo a unidade do direito. Ato contínuo, um estudo acadêmico sobre os precedentes judiciais se mostra igualmente relevante, haja vista sua finalidade última de promover segurança jurídica à sociedade, concretizar os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade e, ao final, promover a realização de alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Para explorar o tema e cumprir com o problema de pesquisa, a metodologia empregada foi a abordagem pelo método dedutivo, partindo de princípios e premissas gerais para atingir conclusões específicas sobre a estrutura contemporânea dos embargos de divergência e sobre seu enquadramento enquanto precedente judicial.

O desenvolvimento do trabalho foi formulado segundo o método francês, dividindo-se em duas partes: i) a análise do recurso de embargos de divergência sob a égide do Código de Processo Civil de 2015; ii) o enquadramento precedente emanado do julgamento em embargos de divergência no sistema brasileiro de precedentes judiciais.

Na primeira parte, o estudo é iniciado com uma breve análise da evolução histórica do recurso (ponto 2.1), na qual se explica brevemente a origem dos embargos de divergência. Em seguida, são apresentadas as características do recurso, segundo a doutrina especializada (ponto 2.2) e os requisitos formais para a interposição do recurso (ponto 2.3). No final dessa parte, explica-se a competência para o julgamento dos embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal e no

Superior Tribunal de Justiça, conforme as atribuições internas estabelecidas por seus respectivos regimentos internos (ponto 2.4) e as questões referentes ao cabimento do recurso, das hipóteses de interposição previstas nos incisos do art. 1.043 do Código de Processo Civil às especificidades inerentes à admissibilidade dessa espécie recursal (ponto 2.5).

Na segunda parte, o trabalho se debruça sobre os precedentes judiciais, percorrendo brevemente sobre a caracterização doutrinária (ponto 3.2.1) tradições jurídicas do *Civil Law*, regido majoritariamente pela lei, e do *Common Law*, pautado proeminentemente pelos precedentes na contemporaneidade. Em seguida, analisa-se o instituto do precedente judicial obrigatório (3.2.2), destacando a sua evolução, da vinculação absoluta ao reconhecimento da possibilidade de superar precedentes, os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta* e as formas de superação de precedentes. Encerra-se essa parte com a análise do sistema de precedentes recepcionado pelo Código de Processo Civil (ponto 3.3) e o enquadramento dos embargos de divergência.

Por fim, são apresentados os resultados nas considerações finais, respondendo ao problema de pesquisa impulsionador desta monografia.

2 ANÁLISE DO RECURSO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

2.1 Breve esboço histórico

O primeiro aspecto a ser abordado, a fim de se compreender plenamente o recurso de embargos de divergência, deve ser a sua história no sistema judicial brasileiro, permitindo-se vislumbrar sua evolução, em acompanhamento ao desenvolvimento do direito processual civil. Elucida-se de antemão que a história deste singular recurso confunde-se, em parte, com a história da Corte que lhe deu origem, qual seja o Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista essa confluência de fatos, em especial a longeva história dessa importantíssima instituição da República e o limitado escopo deste trabalho, ressalte-se que a exposição histórica a seguir é um recorte, abarcando apenas os pontos fundamentais do percurso histórico do recurso e da Suprema Corte.

As razões de existir dos embargos de divergência emaranham-se com a história do Supremo Tribunal Federal, devido à sua composição, ao tempo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, a qual era completamente diferente da Corte contemporânea. Conforme fixou o artigo 55¹ da Carta Constitucional de 1891, o Supremo Tribunal Federal era um órgão jurisdicional *uno*, isto é, com funções jurisdicionais indivisíveis. Em decorrência dessa previsão constitucional, foi natural, quando se cogitou a cisão da função jurisdicional da Suprema Corte em órgãos fracionários, o temor pelas consequências dessa diluição das funções do Plenário, haja vista a possibilidade de manifesta divergência entre os entendimentos sedimentados em cada órgão fracionário do STF², causando, conseqüentemente, a perda da unidade no entendimento do Supremo Tribunal Federal quando da definição do sentido do direito.

¹ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 15 mar. 2021
Art 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

² JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

Quanto a essa citada consternação a respeito da instalação de órgãos fracionários na Suprema Corte, atente-se à moderna lição de MARINONI³ acerca da definição e do papel de Cortes de vértice – tais quais o Supremo Tribunal Federal e, também, na vigente organização do Poder Judiciário do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça –, segundo a qual consistem em órgãos jurisdicionais situados na cúpula do sistema judicial e dotados da função de interpretar as questões de direito – constitucional, no caso do STF e infraconstitucional, no caso do STJ – e garantir a sua uniformidade. Em que pese à época não se discutisse no Brasil o papel do STF como Corte de Precedentes, tal qual suscita MARINONI⁴ a respeito do Superior Tribunal de Justiça em sua obra “O STJ enquanto Corte de Precedentes”, fato é que o Supremo Tribunal Federal caracterizava-se como Corte de vértice da República mesmo em 1891, eis que se posicionava como última instância jurisdicional, atribuição inalterada em toda a sua existência, e cabia-lhe desde então unificar a interpretação da lei. Sendo assim, deve ser vista como justificada a preocupação com a unidade do direito expressada nas primeiras décadas da República de 1891, porquanto evidente o risco de desestabilização da interpretação judicial em caso de uma hipotética divergência insanável entre órgãos fracionários do STF. À vista de tal risco, impunha-se, como medida de manutenção da unidade do Tribunal, a criação de mecanismos internos de impugnação aos pronunciamentos judiciais, com o propósito a submeter eventuais entendimentos conflitantes entre diferentes turmas a um julgamento que sedimente a interpretação da Corte⁵.

Sobreveio a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, a qual atribuiu expressamente à Corte Suprema⁶, em seu art. 73, § 2^o⁷, a prerrogativa de cindir sua competência interna a órgão fracionários, tais quais

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>> Acesso em 20 mar. 2021.

⁴ *Ibidem*.

⁵ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

⁶ Denominação atribuída ao STF quando da outorga desta Constituição, conforme art. 73 da Carta Constitucional.

⁷ BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021. art. 73. (...) § 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.

“Câmaras ou Turmas”. Embora essa previsão constitucional fora extirpada do ordenamento jurídico quando da outorga da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, a capacidade do Supremo Tribunal Federal de julgar por órgãos fracionários foi reinstituída pelo Decreto-Lei nº 6/1937, em seu art. 5^o.

A despeito da pontuação de JORGE⁹ acerca dos primeiros traços dos embargos de divergência se encontrarem na alteração de Lei nº 623/1949 ao Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939), merece destaque a consignação de NETO¹⁰ sobre uma específica disposição do já citado Decreto-Lei nº 6/1937, em seu art. 6^o, inciso II, alínea “b”¹¹, o qual previu a possibilidade de oposição de embargos quando o acórdão embargado estiver em manifesta divergência com a jurisprudência do Tribunal Pleno ou da outra turma do STF. Com efeito, entende-se que essa previsão pode ser considerada precursora aos embargos de divergência propriamente ditos, uma vez que ainda se assemelhava a uma nova possibilidade de cabimento dos então embargos de nulidade e infringentes do que uma nova espécie de recurso. Contudo, uma análise comparada das disposições a respeito do recurso de embargos em caso de divergência no Decreto-Lei nº 6/1937 e no CPC/1939, com o parágrafo único incluído ao art. 833 pela Lei nº 623/1948, denota a similaridade de suas disposições.

Enquanto a disposição de 1937 determina o cabimento dos embargos, em que pese não se verifique unanimidade no julgado – isto é, embora se verifique cabimento dos embargos infringentes, diante do julgamento por maioria –, com fundamento na divergência entre o acórdão embargado e a jurisprudência do Tribunal Pleno ou da outra turma da Corte, a norma contida no parágrafo único do art. 833 do Código de

⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De10006.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021. Art. 5^o Todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal serão julgados por turmas de cinco juízes, revogado o artigo 3^o do decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931.

⁹ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

¹⁰ NETO, Luiz Ferrari. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v.252, p. 341-370, fev. 2016. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 16 mar. 2021

¹¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937**.

Art. 6^o Admitem-se embargos para o tribunal pleno dos julgamentos das turmas: (...) II, quando, embora não se verifique unanimidade no julgamento, o acórdão embargado: (...) b) estiver em manifesta divergência com a jurisprudência do Tribunal Pleno ou da outra turma;

Processo Civil de 1939 fixa a oponibilidade de embargos a acórdãos de turma do STF que divirja do outro órgão fracionário ou do Tribunal Pleno. Portanto, é nítida a similaridade nas disposições, embora não sejam a mesma norma, razão pela qual se entende adequado chamar a previsão de 1937 de precursora do recurso de embargos de divergência propriamente dito.

Neste ponto, destaca-se a reforma promovida ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) em atenção à mudança legislativa do art. 6º do Decreto-Lei nº 6/1937, pois é mais esclarecedor em sua normatização do que essa, assemelhando-se vagamente ao que viria a ser o recurso de embargos de divergência de 1973, porquanto previra o cabimento de embargos mesmo diante de decisão unânime. Eis os termos da alteração promovida ao art. 175 do RISTF pela Corte Suprema, aprovada em 22/12/1937, na sessão de julgamento do Tribunal pleno, nos termos abaixo transcritos¹² (sic):

Art. 1º Admitem-se embargos às decisões das turmas independentemente de previa declaração de relevância, sempre que o acórdão embargado, unanime ou não, confirmando ou reformando a decisão recorrida:

(...)

b) estiver em manifesta divergência com a jurisprudência do Tribunal pleno ou da turma;

Promulgado o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939), explicam JORGE¹³, e NETO¹⁴ que a nova legislação impôs um novo obstáculo aos embargos enquanto instrumento de solução para a divergência entre Turmas do STF, em razão da doutrina passar a defender o cabimento do recurso de revista como instrumento da uniformização no lugar desses embargos, visto que era de uso corrente nos Tribunais estaduais para a mesma finalidade, ao passo que os embargos

¹² BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Organização por Bel. Cordeiro de Mello. Rio de Janeiro, 1938. P. 69. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1909/art_4_23dezembro1937.pdf> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

¹⁴ NETO, Luiz Ferrari. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v.252, p. 341-370, fev. 2016. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 16 mar. 2021

previstos no Decreto-Lei nº 6/1937 foram transformados novamente em simples embargos de nulidade e infringentes, suprimindo-se a oposição em face de divergência. Quanto a essa controvérsia, BARBOSA MOREIRA¹⁵ ensina que o STF interpretou incabível o recurso de revista em seu âmbito, porquanto restrito aos tribunais estaduais, únicos órgãos nos quais existiam as Câmaras Cíveis Reunidas previstas de que tratava o art. 853 do CPC/1939¹⁶, em sua redação original.

A promulgação de uma nova Constituição em 1946, pouco ajudou na determinação de um procedimento adequado à uniformização de interpretação no STF, optando por suprimir a possibilidade de instalação de órgãos fracionários na Corte, atribuindo, novamente, a jurisdição total ao Plenário, na condição de órgão uno. JORGE¹⁷ aponta, contudo, que o Pretório Excelso continuou com as turmas em sua organização interna, a despeito da escolha do constituinte de tornar a Corte um único órgão jurisdicional, prezando pela unidade da Corte na interpretação da lei. Conseqüentemente, a discordância do Supremo Tribunal Federal com a dissolução das turmas motivou a edição da Lei nº 623/1949, a qual incluiu um parágrafo único¹⁸ ao art. 833 do Código de Processo Civil de 1939, introduzindo junto aos embargos de nulidade e infringentes e aos embargos de declaração, os embargos de divergência, com o fito de preservar a união de entendimentos sobre o direito na Corte.

A respeito da solução adotada pelo legislador ordinário, opinou o doutrinador BARBOSA MOREIRA que o legislador fez a pior das soluções ao escolher os embargos de divergência em preterição ao recurso de revista, ao argumento que

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 637-638. Disponível em <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5041-5/first>>. Acesso em 19 mar. 2021

¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021. Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas.

¹⁷ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

¹⁸BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021. Art. 833. (...) Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.

“surgiu destarte nova e peculiar forma de embargos, a aumentar a equivocidade desse *nomen iuris*, aplicado a remédios de características mais diversas”¹⁹.

Em breve aparte, destaca-se que, após o atrito acima narrado entre o Pretório Excelso e as disposições acerca de sua organização pelo constituinte originário de 1946, tanto o STF quanto as outras Cortes Superiores instaladas nas Constituições posteriores são dotadas de órgãos colegiados fracionários até a contemporaneidade. Quanto ao ponto, JORGE²⁰ cita, inclusive, a consignação da possibilidade de funcionamento do STF em turmas quando da Constituição de 1967, outorgada durante o regime militar.

Na ocasião das deliberações sobre um novo Código de Processo Civil - que viria a ser a Lei nº 5.869/1973 -, apontam JORGE²¹ e BARBOSA MOREIRA²² que o elaborador, Alfredo Buzaid, não incluiu os embargos de divergência no Anteprojeto de Código de Processo Civil, tampouco constou no projeto de lei definitivo. Sua inserção na lei decorreu, ao final, mediante emenda no Senado Federal, acrescentando ao art. 546 – referente a uma previsão de observância ao Regimento Interno do STF no julgamento do Recurso Extraordinário – um parágrafo único²³, onde se previu a possibilidade de opor embargos contra decisão de Turma que diverge da outra Turma ou do Plenário.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, o sistema judicial recebeu uma nova Corte de vértice, na forma do Superior Tribunal de Justiça, o qual absorveu algumas das competências do Supremo Tribunal Federal, entre elas a função de atribuir o sentido ao direito federal infraconstitucional. Em decorrência da maior composição do STJ em comparação com o STF, a manutenção dos embargos de divergência foi natural, ocorrendo apenas uma

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 637-638. Disponível em <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5041-5/first>>. Acesso em 19 mar. 2021

²⁰ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

²¹ JORGE, *loc. cit.*

²² BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 638

²³ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218>. Acesso em 15 mar. 2021. CPC/1973, art. 546 (...) 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.

revisão legislativa, a fim de incluir, pela Lei nº 8.038/1990, a admissibilidade do recurso contra decisões das Turmas do STJ no julgamento de recursos especiais, consoante a redação do art. 29 da legislação.

Contudo, o art. 44 da Lei nº 8.038/1990 revogou todos os dispositivos a respeito do recurso extraordinário no CPC/1973, inclusive o cabimento de embargos de divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apesar da existência de Turmas na Corte. Segundo BARBOSA MOREIRA²⁴, a despeito da derrogação dos embargos de divergência em julgamento de recursos extraordinários, o STF continuou reconhecendo seu cabimento, com amparo em seu próprio regimento interno. Sobreveio a Lei nº 8.950/1994, a qual expressamente restabeleceu, no revigorado art. 546 do CPC/1973, a admissibilidade de embargos de divergência contra acórdão proferido por Turma da Suprema Corte em julgamento de recurso extraordinário²⁵, além da previsão do recurso contra acórdãos do STJ em recurso especial, agora suportado pelo mesmo dispositivo legal do CPC/1973²⁶.

Por fim, foi promulgada a Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, instituindo um novo Código de Processo Civil, o qual é responsável pela vigente ordenação processual no Direito Brasileiro e trouxe algumas inovações de cunho procedimental, principiológico - vide a enunciação dos princípios norteadores do processo civil e doutrinário – na forma do acolhimento de modernas teses doutrinárias, os precedentes judiciais, como se extrai do seguinte excerto da Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil:

Sem que a jurisprudência dos Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos tribunais superiores”.²⁷

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 638. Disponível em <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5041-5/first>>. Acesso em 19 mar. 2021

²⁵ BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 637-638.

²⁶ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos da Comissão de Juristas**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>>. Acesso em: 13/03/2021.

Em razão ao limitado escopo do estudo proposto, dedicar-se-á o presente trabalho à análise detida das disposições legais vigentes e dos posicionamentos doutrinários contemporâneos a respeito do recurso uniformizador.

2.2 Características dos embargos de divergência

2.2.1 Considerações iniciais

Os embargos de divergência constituem uma das modalidades de recurso previstas no art. 994 do Código de Processo Civil, sendo regrado pelos artigos 1.043 e 1.044 do CPC/2015. Conforme revela uma análise da sistematização dos recursos na legislação processual civil, esse recurso é cabível exclusivamente contra pronunciamentos judiciais de órgãos fracionários do STF e do STJ, haja vista sua previsão no capítulo denominado “Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça”.

2.2.2. Recurso extraordinário em sentido amplo

Conforme aborda TESOLIN²⁸ em sua dissertação de mestrado, os embargos de divergência constituem um dos recursos excepcionais do rol de recursos do Código de Processo Civil de 2015, junto do recurso extraordinário e do recurso especial. Nesse esteio, consigna como pontos favoráveis ao entendimento dos embargos como recurso excepcional as seguintes proposições: i) a decorrência desse recurso a partir do recurso extraordinário ou do recurso especial, sendo impossível interpô-lo autonomamente no STF ou no STJ²⁹; ii) seu caráter protetivo do ordenamento jurídico, com vistas à uniformização da interpretação do direito constitucional e

²⁸ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁹ Ibidem, p. 37

infraconstitucional, presente apenas nos recursos excepcionais³⁰. Todavia, reconhece a existência de críticas a essa classificação em questão³¹.

BARBOSA MOREIRA³² expõe fundadas críticas ao uso dos termos “ordinário” e “extraordinário” para classificar recursos do ordenamento jurídico brasileiro, propondo, inclusive, seja “arquivada para todo o sempre” esse método doutrinário de diferenciá-los, haja vista que “não existe, entre nós, uma classe de recursos a que se possa aplicar; segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil no campo prático, a denominação genérica de extraordinários”³³. Funda-se à crítica na ausência de substância para lastrear tal distinção entre recursos, pois entende não oferecer relevante esclarecimento na função dos recursos tipificados como ordinários ou extraordinários, afirmando ser “critério que falha, que admite exceções, que ora se aplica, ora não”³⁴.

Como bem explica RODRIGUES³⁵, o critério de distinção entre recursos ordinários e extraordinários no Brasil baseia-se na função do recurso, segundo o qual o gênero “recurso ordinário” busca corrigir a justiça da decisão, enquanto o gênero “recurso extraordinário” pretende corrigir a interpretação da lei. Ocorre que a mesma classificação é utilizada nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, tal qual Portugal e Itália, para distinguir os recursos interpostos antes e depois do trânsito em julgado da decisão³⁶, motivo para interpretar-se como uma classificação importada e sem coerência com o sistema recursal brasileiro³⁷. Neste ínterim, a pesquisadora postula que sejam considerados incorporados ao nosso ordenamento jurídico os contornos semânticos da classificação de recursos em

³⁰ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

³¹ *Ibidem*, p. 36

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 254-257. Disponível em <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5041-5/first>>. Acesso em 19 mar. 2021

³³ *Ibidem*, p. 255-256.

³⁴ BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 257.

³⁵ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁶ *Ibidem*, p. 242.

³⁷ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 245.

“ordinário” e “extraordinário”, posto que assumiu feições próprias no direito brasileiro, referindo-se aos requisitos de admissibilidade e à finalidade do recurso.

No ponto desta classificação, em se tratando de um recurso extraordinário em sentido amplo, RODRIGUES³⁸ relaciona aos embargos de divergência os seguintes significados: i) o recurso não busca corrigir a justiça da decisão; ii) o recurso está condicionado a específicos pressupostos; iii) os embargos de divergência servem ao “desempenho da função precípua dos tribunais superiores – qual seja, a uniformidade interpretativa do direito nacional”³⁹.

2.2.3 Recurso de fundamentação vinculada

Dito isso, importa ressaltar que os embargos de divergência constituem, segundo TESOLIN⁴⁰ e RODRIGUES⁴¹, um recurso de fundamentação vinculada, tal qual o recurso especial e o extraordinário, significando que, segundo ensinam DIDIER e CUNHA, o recurso tem o escopo de sua impugnação limitada pela lei, devendo o recorrente “‘encaixar’ a fundamentação do recurso em um dos tipos legais”⁴².

Pontualmente, RODRIGUES⁴³ destaca a existência de doutrina favorável à tipificação dos embargos de divergência como de fundamentação livre, ao argumento de que o embargante pode criticar livremente a decisão, “sem a necessidade de invocar determinados vícios para fins de admissão do recurso”. Todavia, esse posicionamento contrário da doutrina não prospera, porquanto os embargos exigem

³⁸ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁹ *Ibid.*, p. 246.

⁴⁰ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁴¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 249-250.

⁴² DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, v. 3. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 122.

⁴³ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 249-250.

especificamente a invocação de um erro – a existência de posicionamentos divergentes entre órgãos da Corte Superior – e a sua demonstração analítica⁴⁴.

2.2.4 Finalidade

A finalidade dos embargos de divergência é objeto de considerável discussão doutrinária, extraindo-se diferentes posicionamentos dos doutrinadores elencados que se debruçaram sobre o tema. Posição praticamente uníssona é a de que o recurso visa uniformizar a interpretação do direito nas Cortes Superiores, pacificando uma divergência constatada nos acórdãos de diferentes órgãos fracionários do Tribunal – ou, ainda, no mesmo órgão, vide a hipótese abordada no ponto 2.5.3 – e consolidando o entendimento representativo da Corte de vértice^{45,46,47}. A postulação representativa desse posicionamento pode ser encontrada em TESOLIN, ao arguir que:

Em resumo, o recurso visa uniformizar teses divergentes proferidas em acórdãos pelos Órgãos Julgadores do STF e do STJ, em temas de direito processual e material, nos termos do art. 1.043 do CPC/2015, com o evidente objetivo de servirem como julgados indexadores da jurisprudência, além de estabelecer parâmetros para a configuração do dissídio, inexistentes no ordenamento processual revogado⁴⁸.

Por outro lado, há posicionamentos dissonantes na doutrina, embora concordem substancialmente com a finalidade anteriormente apresentada.

⁴⁴ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021

⁴⁵ ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; Ferreira, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611416/first>>. Acesso em: 25 mar. 2021. p. 1052-1053

⁴⁶ RODRIGUES, *op. cit.*

⁴⁷ JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 mar. 2021

⁴⁸ TESOLIN, Fabiano. A função dos embargos de divergência no sistema de precedentes do CPC/2015. *In*: Vários Coordenadores. **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim**: Controvérsias do direito processual nos últimos 5 anos do CPC/2015. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CAMARGO⁴⁹ afirma haver uma dupla função no recurso de embargos de divergência, apontando como primeira a de interesse da parte sucumbente, a qual interpôs o recurso para receber um tratamento isonômico, tomando por parâmetro um caso semelhante com resultado distinto do acórdão recorrido. Já a segunda função consiste na produção de uma jurisprudência estável, com o fito de transmitir segurança jurídica aos demais órgãos do Poder Judiciário e à sociedade⁵⁰.

Em sentido semelhante, NETO⁵¹ afirma que a finalidade do recurso - uniformização de julgados dissonantes das Cortes Superiores - possui dois objetivos. O objetivo imediato consiste na uniformização do entendimento do Tribunal, ao passo que o objetivo mediato, ou secundário, consiste na reforma do acórdão embargado⁵².

Por fim, ARAÚJO⁵³, ao tratar do assunto, postula existir dois fins na interposição dos embargos de divergência. Primeiramente, visa o recurso uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso extraordinário e recurso especial, respectivamente, além de orientar os juízes e os Tribunais de segunda instância⁵⁴. Em segundo lugar, o recurso, se admitido, julga novamente a causa, para invalidar, manter ou reformar o acórdão embargado, com amparo no entendimento fixado pela Corte⁵⁵.

Conforme as produções doutrinárias analisadas, pressupõe-se neste trabalho a existência da finalidade dupla dos embargos de divergência, mormente porque, independente da linha doutrinária a ser seguida, é incontroversa a função dos embargos de divergência como instrumento de univocidade na interpretação do direito pelas Cortes Superiores. Com efeito, esse fim - frequentemente chamada finalidade imediata - do recurso é manifestamente relevante, impingindo nos embargos um

⁴⁹ CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p.271-296, out. 2017. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 26 mar. 2021.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ NETO, Luiz Ferrari. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v.252, p. 341-370, fev. 2016. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 16 mar. 2021

⁵² NETO, *loc. cit.*

⁵³ ARAÚJO, Luciano Vianna. O recurso de embargos de divergência. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**: v. 15. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁵⁴ ARAÚJO, *loc cit.*

⁵⁵ ARAÚJO, *loc cit.*

caráter preponderantemente público em seu julgamento, significando que o interesse na identificação e na resolução da divergência jurisprudencial transcende o interesse das partes do processo, promovendo segurança jurídica para toda a sociedade. Contudo, não há que se negar ou negligenciar a finalidade privada, inerente à parte sucumbente, na interposição do recurso, em que pese sua relevância seja minorada, porquanto o procedimento do julgamento dos embargos de divergência também envolve, após a pacificação do dissídio, a apreciação do acórdão embargado, re julgando-o segundo a interpretação fixada pelo Tribunal.

2.2.4.1 A desistência do recurso pelo embargante e o interesse público no julgamento. A Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS

A relevância do debate doutrinário acerca da finalidade preponderantemente pública dos embargos de divergência possui sérias consequências na prática forense das Cortes Superiores. Conforme abordado anteriormente, o objetivo de resolver o dissenso no tribunal é tão importante quanto o fim privado do recorrente.

Nesse sentido, cita-se uma inovação do Código de Processo Civil de 2015, o qual, em seu art. 998, parágrafo único, incorporou um interesse público suficientemente relevante para colmatar a desistência no recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida e no recurso especial repetitivo, permitindo a continuidade do julgamento. Entretanto, convém lembrar que o primeiro reconhecimento de tamanho interesse público no julgamento de mérito de recursos excepcionais repetitivos ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS⁵⁶, no qual foi constatada a colisão de interesses privados e coletivos no prosseguimento do recurso, prevalecendo a segunda pretensão em preterição da primeira.

Haja vista a excepcionalidade do rito dos recursos repetitivos, os quais são considerados de maior interesse público que os demais recursos excepcionais, ante

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS. Recorrente: Banco Volkswagen S/A. Recorrido: Luciana Maluche. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 jun. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801289049&dt_publicacao=04/06/2009> Acesso em: 14/04/2021.

as consequências de seu julgamento para milhares de processos idênticos em acervo, RODRIGUES⁵⁷ propõe uma interpretação extensiva da norma do art. 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil, irradiando efeitos para o julgamento dos embargos de divergência. O argumento apresentado é lógico, aderindo à dualidade de finalidades do recurso uniformizador e reconhecendo a relevância do interesse público sobre o privado:

É que a insurgência recursal manejada pelo jurisdicionado em proveito próprio desperta o interesse público subjacente aos embargos de divergência na medida em que viabiliza o enfrentamento de determinada questão de direito pelos tribunais superiores, com vistas à sua pacificação jurídica⁵⁸.

A despeito dessa vertente doutrinária, impende falar em maior detalhe, da Questão de Ordem solvida no Recurso Especial nº 1.308.830/RS⁵⁹, na qual o STJ enfrentou a desistência do recurso na iminência de seu julgamento pela Corte, mas sob o rito ordinário dos recursos especiais, ou seja, sem o especial caráter público dos recursos repetitivos. Em suas razões, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso, interpretou a faculdade de desistência do recurso (art. 501 do CPC/1973, atual art. 998 do CPC/2015) sob o contexto do sistema judicial instalado pela Constituição Federal de 1988, considerando a posterior criação do Superior Tribunal de Justiça, e de seu papel de intérprete do direito federal infraconstitucional, em relação à legislação processual vigente à época, e concluindo pelo interesse coletivo dos julgamentos de recursos submetidos ao STJ. Conclui a eminente Ministra que, em reexame de suas razões quando da Questão de Ordem no REsp nº 1.063.343/RS – referido no parágrafo anterior –, deve o pressuposto de preponderância do interesse público sobre o interesse privado valer para qualquer julgamento de recurso especial,

⁵⁷ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 483.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.308.830//RS. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Eduardo Bresolin. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 jun. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012> Acesso em: 14/04/2021.

independente do rito de julgamento, porquanto o resultado do julgamento pela Corte Superior carrega um inerente interesse coletivo.

Em cotejo desse precedente, MARINONI⁶⁰ reitera que o julgamento de recursos repetitivos é uma técnica de concentração de julgamentos, a fim de propiciar a formação de precedente aplicável a múltiplos casos, porém não deve ser visto como a única hipótese de continuidade do julgamento a despeito da desistência da parte recorrente, pois implicaria dizer, equivocadamente, que o precedente apenas é formado no julgamento de recursos repetitivos, em função da técnica empregada. Ensina o doutrinador que a fixação de sentido das questões de direito suscitadas não é aferida de acordo com o volume das demandas, mas sim pela coerência do direito aplicado e pela orientação da sociedade, salientando que o recurso especial não se difere em essência do recurso repetitivo, exigindo de ambos a necessidade de interpretação de questão federal e de sua superposição no território nacional⁶¹. Todavia, alerta MARINONI que o indeferimento da desistência do recurso, para fins de julgamento, interpretação da questão de direito e formação de precedente, não poderá atingir as partes no caso concreto, uma vez que a importância do julgamento se sustentou apenas na realização do interesse público, ou, como consignou o doutrinador, proferiu-se “uma decisão que não diz respeito às partes”⁶².

Seja segundo a interpretação extensiva do art. 998, parágrafo único, do CPC/2015, seja por força de precedente do STJ no sentido de prosseguir com o julgamento de seus recursos quando a matéria de mérito estiver carregada de interesse coletivo em sua resolução, caso dos embargos de divergência, que visam solver dissídios internos nas Cortes Superiores, entende-se cabível a realização do julgamento mesmo após o pedido de desistência do recurso.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>.> Acesso em 20 mar. 2021.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² MARINONI, *op. cit.*

2.3 Requisitos formais

Como todos os recursos cíveis, os embargos de divergência possuem requisitos formais inerentes à sua admissibilidade no processo, conforme as regras constantes nas disposições gerais do Código de Processo Civil.

No tocante à tempestividade, o CPC/2015 inovou em relação aos antecessores ao simplificar os prazos recursais, adotando, consoante o art. 1.003, § 5º, um lapso de tempo único de quinze dias – lembrando-se que o art. 219 do CPC limitou a contagem de prazo aos dias úteis– para todos os recursos, ressalvados apenas os embargos de declaração. Conseqüentemente, o prazo para interpor embargos de divergência é de quinze dias, contados a partir da publicação do acórdão prolatado pelo órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, gozando de mesmo prazo, ante o princípio da paridade de armas, a resposta da parte embargada aos embargos de divergência. Por fim, é importante ressaltar a incidência de prazo em dobro nas intimações do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, por força dos artigos 180, 183, § 3º, e 186, do Código de Processo Civil respectivamente.

Em relação ao preparo, tal requisito consiste nas custas judiciais e eventual montante a título de porte de remessa e de retorno – despesa prevista apenas se porventura o processo for físico, realidade incomum atualmente nas Cortes Superiores, as quais se encontram majoritariamente digitalizadas. Seu pagamento deve ser comprovado quando da interposição do recurso, sob pena de deserção, conforme determina o art. 1.007 do CPC, salvo nos casos em que é dispensado pela lei, como em recursos do Ministério Público e da Fazenda Pública, ou de recorrente beneficiado pela gratuidade da justiça. Oportunamente, aponta-se que as disposições sobre o preparo no STF encontram-se em seu regimento interno, nos artigos 57 e 59, inciso II, enquanto o preparo no STJ, embora possua certo amparo em seu Regimento Interno, tem seu preparo regrado pela Lei nº 11.636/2007.

No que se refere à regularidade formal do recurso, ASSIS⁶³ argui que a lei impõe aos recursos uma forma rígida, a qual deve ser seguida, sob pena de não

⁶³ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

conhecimento por inadmissibilidade, caso não sejam sanados os vícios formais. Nesse esteio, identifica quatro requisitos genéricos para o cumprimento desse pressuposto⁶⁴: i) o peticionamento na forma escrita, endereçando-se ao órgão jurisdicional que proferiu a decisão impugnada e indicando-a corretamente; ii) identificação das partes, por meio da qual qualificam-se as pessoas do recorrente e do recorrido; iii) motivação, na qual o recorrente manifesta sua inconformidade e fundamenta, de forma específica e analítica, as razões para a reforma ou invalidação do pronunciamento judicial impugnado; iv) pedido de reforma ou de invalidação, no qual a parte recorrente pleiteia a substituição do pronunciamento judicial impugnado. Especificamente para o recurso de embargos de divergência, ASSIS também aponta como inerente à sua regularidade a exigência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial a que se pretende resolver por meio do recurso uniformizador⁶⁵, requisito analisado em detalhes no ponto 2.5 deste trabalho.

2.3.1 A sanabilidade dos vícios formais

Os vícios formais, quando insanáveis ou inobservados pelo recorrente, acarretam o não conhecimento do recurso. Quando se trata dos embargos de divergência, o não conhecimento do recurso por obstar, conseqüentemente, a solução de uma relevante divergência nas Cortes Superiores, prolongando um prejuízo à segurança jurídica e ao tratamento isonômico no tocante à interpretação do direito. Diante desse problema, TESOLIN⁶⁶, em dissertação de mestrado, propôs um sistema de sanabilidade dos vícios de forma no recurso de embargos de divergência, à luz das normas do Código de Processo Civil de 2015, em especial o princípio da primazia do julgamento de mérito⁶⁷, contido no art. 6º do CPC/2015⁶⁸.

⁶⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com.>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁶⁷ TESOLIN, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 mar. 2021. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

No tocante às Cortes Superiores, são apresentadas como principais regras desse sistema de sanabilidade dos vícios: o art. 932, parágrafo único, do CPC⁶⁹, o qual regula o processo nos tribunais de maneira geral; e o art. 1.029, § 3º, do CPC⁷⁰, aplicável apenas no âmbito do STF e do STJ. No caso da primeira regra, é imposto ao relator o dever⁷¹ de, pelo prazo de cinco dias, intimar a parte recorrente para sanar o vício ou complementar os documentos necessários à admissibilidade do recurso, constituindo-se tal disposição como regra de base na solução de vício de forma⁷². Quanto a regra geral, MEDINA⁷³ ressalta a necessidade de se tratar de um vício sanável, afastando-se, a exemplo, a notória intempestividade do recurso.

Por outro lado, a regra específica às Cortes de vértice autoriza seja desconsiderado o vício formal em recurso extraordinário ou em recurso especial, conquanto seja tempestivo, ou seja, possibilitada sua correção, caso não seja um vício tipificado como grave⁷⁴. Com efeito, a textura aberta da norma deu margem ao STF e ao STJ que desconsiderem discricionariamente um eventual vício obstante da admissibilidade do recurso, de modo a permitir maior oportunidade de expor aos seus respectivos colegiados a matéria de direito⁷⁵, concretizando o supracitado princípio da primazia da decisão de mérito. Nesse esteio, afastou o legislador a colmatação da intempestividade do recurso, porquanto relevou referido requisito de admissibilidade como pressuposto para a solução dos vícios de forma⁷⁶.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 mar. 2021. Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 mar. 2021. Art. 1.029. (...)

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Ebook*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁷² TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 128.

⁷³ MEDINA, *loc. cit.*

⁷⁴ TESOLIN, *op cit.*, p. 128.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 129.

⁷⁶ TESOLIN, *op. cit.*, p. 130.

2.4. Competência para o julgamento

Antes de adentrar no núcleo do assunto do cabimento, é pertinente esclarecer a quem compete julgar os embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, deve-se entender como cada Corte Superior é composta e de que modo seus órgãos jurisdicionais são organizados, consoante as normas constitucionais e regimentais atinentes a cada tribunal.

O Supremo Tribunal Federal é a Corte a quem compete determinar o sentido do direito constitucional quando este é controvertido, seja em ações de competência originária, tal qual a ação direta de inconstitucionalidade, seja como instância recursal, como é o caso do recurso extraordinário. Nos termos do art. 101 da Constituição Federal de 1988⁷⁷, é composto por onze Ministros. Com amparo nas disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), as competências jurisdicionais são cindidas em duas ordens, consoante art. 3º do RISTF⁷⁸: *i*) o Plenário, órgão de cúpula do Tribunal, no qual os onze Ministros se reúnem para julgamento; *ii*) e as Turmas, dois órgãos fracionários formados por cinco Ministros e dotados de competência idêntica entre si, isto é, sem especialização de matéria, ressalvada a competência exclusiva do Plenário em determinadas ações e recursos. Em se tratando de um recurso uniformizador de dissídio entre órgãos fracionários, os embargos de divergência são de competência exclusiva do Plenário, conforme consta no art. 6º, inciso IV, do RISTF⁷⁹.

⁷⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 mar. 2021

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

⁷⁸ BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Organizado pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação. Brasília, 2020. p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acessado em: 15 mar. 2021

“Art. 3º São órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente.”

⁷⁹ BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Organizado pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão de Informação. Brasília, 2020. p. 26. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acessado em: 15 mar. 2021.

Art. 6º Também compete ao Plenário:

(...)

IV - julgar, em grau de embargos, os processos decididos pelo Plenário ou pelas Turmas, nos casos previstos neste Regimento

Ao Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, compete definir a interpretação do direito federal infraconstitucional em sede de recurso especial, sendo composto de trinta e três Ministros, consoante art. 104 da Constituição Federal de 1988⁸⁰. Suas competências jurisdicionais internas são estabelecidas pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁸¹(RISTJ), cujo art. 2º prevê três ordens de órgãos jurisdicionais.

Em primeiro plano há o Plenário e a Corte Especial, sendo este último o órgão de cúpula do STJ, pois foi instalado para exercer as funções delegadas do Plenário, haja vista a autorização do art. 92, inciso XI, da Carta Constitucional⁸², exigindo-se em sua composição os quinze Ministros mais antigos do Tribunal, consoante art. 2º, § 2º, do RISTJ⁸³. Destarte, a função do Plenário do STJ na prática forense foi reservada a matérias de ordem administrativa, tal qual a posse de novos Ministros no Tribunal, a eleição para a Presidência da Corte, a votação do Regimento Interno e suas emendas.

Na segunda ordem constam as Seções especializadas, três órgãos fracionários integrados por dez Ministros, os quais compõem as duas Turmas da respectiva especialização desse órgão. Assim, observando-se as competências em razão da matéria, o art. 2º, § 4º, do RISTJ prevê que “a Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção”⁸⁴.

⁸⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 mar. 2021
“Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.”

⁸¹ BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2020. p.21. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acessado em: 14 mar. 2021.

⁸² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 mar. 2021
“Art. 93 (...)

XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;”

⁸³ BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2020. p.21. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acessado em: 14 mar. 2021.

⁸⁴ BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2020. p.21. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acessado em: 14 mar. 2021.

Por fim, as Turmas especializadas compõem os menores órgãos fracionários da Corte, formadas por cinco Ministros cada. Segundo o art. 9º, e parágrafos, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça⁸⁵, a Primeira e a Segunda Turma têm competência para os litígios nas matérias de Direito Público; a Terceira e a Quarta Turma são competentes para conhecer os feitos cujas lides permeiam o Direito Privado; já a Quinta e a Sexta Turma julgam os processos afeitos ao Direito Penal.

Diferentemente do Plenário do STF, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não detém competência para conhecer todos os embargos de divergência, compartilhando essa atribuição com as próprias Seções. Sendo assim, o art. 11, inciso XIII, do RISTJ⁸⁶, atribui à Corte Especial o processamento dos embargos nos quais a divergência afeta a: *i)* Turmas de diferentes Seções; *ii)* uma Turma e uma Seção de diferentes especializações; *iii)* duas Seções entre si; *iv)* uma Turma ou uma Seção e a própria Corte Especial. Por outro lado, o art. 12, parágrafo único, inciso I, do RISTJ⁸⁷, atribui às Seções a competência para julgar os embargos de divergência quando o dissídio indicado for interno a dois órgãos fracionários com a mesma competência em razão da matéria, seja entre as duas turmas componentes da mesma seção, seja entre uma Turma especializada e a sua Seção respectiva.

2.5 Cabimento

As bases legais do cabimento dos embargos de divergência constam nos incisos do art. 1.043 do Código de Processo Civil⁸⁸ e constituem um rol de possibilidades de cotejamento da divergência jurisprudencial dos Tribunais Superiores, todos pressupondo a indicação do dissídio que nomeia o recurso. Segundo MARINONI, ARENHARDT e MITIDIERO, a forma como foi sistematizado o

⁸⁵BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2020. p.24-26. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acessado em: 14 mar. 2021.

⁸⁶ BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2020. p. 29. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acessado em: 14 mar. 2021.

⁸⁷ BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, 2020. p. 31. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Regimento-Interno>>. Acessado em: 14 mar. 2021.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

cabimento dos embargos de divergência objetiva a “viabilização de uma oportunidade de debate institucional para que uma determinada questão constitucional ou federal possa ser definida pela corte”⁸⁹, tendo em vista a anteriormente referida finalidade de sedimentar a interpretação dada ao direito pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme abordado no tópico 2.2.4. Neste capítulo serão analisadas as hipóteses de cabimento, além das especificidades processuais deste recurso, as quais são previstas nos parágrafos do dispositivo legal.

2.5.1 A indicação de divergência entre o acórdão embargado proferido por órgão fracionário e o acórdão paradigma

Nas palavras de ARRUDA ALVIM e DANTAS, trata-se da “hipótese clássica de cabimento dos embargos de divergência”⁹⁰. Com fulcro nessa possibilidade de interposição, cabe ao embargante, em face do acórdão proferido por órgão fracionário em recurso especial ou em recurso extraordinário, indicar a existência de acórdão proferido por outro órgão julgador, no qual um caso similar teve analisada a mesma questão de direito impugnada e resultou em sentido diverso dado ao direito. A fim de analisar com maior detalhe as características sintetizadas acima, consigna-se a redação do art. 1.043, inciso I, no qual se prevê essa hipótese de cabimento:

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

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

Inicialmente, o acórdão embargado, por força do dispositivo legal, necessariamente deve ser manejado em sede de julgamento de recurso especial ou de recurso extraordinário, vedado seu uso em processo de competência originária do

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

tribunal ou em recurso ordinário⁹¹. Além disso, destaca-se a inadmissibilidade da interposição de embargos de divergência contra decisão monocrática do relator⁹², exigindo-se o esgotamento da instância no órgão fracionário – isto é, a interposição de agravo interno para o colegiado do órgão –, a fim de ter prolatado o acórdão e viabilizar a interposição dos embargos de divergência⁹³.

O uso do lexical “órgão fracionário” para circunscrever o âmbito de interposição do recurso nas Cortes Superiores, embora pareça um mero preciosismo técnico, constituiu inovação benéfica ao Superior Tribunal de Justiça, especificamente, o qual é composto por duas ordens de órgãos fracionários - as Turmas e as Seções, vide ponto 2.4 - e teve nessa alteração gramatical o levantamento de um obstáculo ao controle da unidade do direito entre a Corte Especial e as Seções, conforme preleciona TESOLIN⁹⁴. Portanto, o órgão julgador prolator do acórdão embargado deve ser, no STF, uma de suas Turmas, e, no STJ, uma de suas Turmas ou de suas Seções.

Por sua vez, o acórdão paradigma, aquele pelo qual indica-se a existência de divergência jurisprudencial⁹⁵, pode ser oriundo de “qualquer outro órgão do tribunal”, nos termos do inciso I do art. 1.043 da legislação processual. O contorno legal amplo dado ao acórdão paradigma é justificado, pois permite seja suscitada a divergência em relação a acórdão proferido no Plenário do STF ou na Corte Especial do STJ⁹⁶.

⁹¹ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 348

⁹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Ebook*. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com>> Acesso em: 10 abr. 2021.

⁹³ RODRIGUES, *loc. cit.*

⁹⁴ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em:

<<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 48-49

⁹⁵ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 349.

⁹⁶ NERY JUNIOR; NERY, *op. cit.*

2.5.2 A divergência entre acórdão de mérito e acórdão que não conheceu do recurso, porém apreciou a controvérsia

A segunda hipótese de apresentação dos embargos de divergência constitui inovação sem correspondência no Código de Processo Civil de 1973, motivada, segundo TESOLIN, pelo “reiterado equívoco em julgamentos proferidos nas Cortes Superiores sobre os limites do juízo da admissibilidade e do juízo de mérito⁹⁷”, acarretando o proferimento de acórdão com conteúdo do mérito recursal, mas com o pronunciamento de não conhecimento do recurso no dispositivo. Para NETO, essa nova possibilidade decorre da prática de não se conhecer do recurso com fulcro na matéria de mérito, argumentando pela indiferença na cognição judicial para fins da admissibilidade dos embargos de divergência, pois relevante é a solução da divergência no Tribunal, logo há razão de ser para a hipótese do art. 1.043, inciso III, do CPC, porquanto uma Corte Superior pode orientar seu posicionamento futuro mesmo quando do não conhecimento do recurso com base na matéria de mérito.

Eis os termos do texto da lei:

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

(...)

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

RODRIGUES afirma que a nova previsão do recurso uniformizador constitui um remédio “para a falta de técnica” porventura constatados em acórdãos do STF e do STJ, os quais podem causar prejuízo aos jurisdicionados e obstar a finalidade última do recurso de uniformizar a jurisprudência no tocante à questão de mérito recursal⁹⁸.

⁹⁷ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 62.

⁹⁸ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 353-354

Esclarecedor exemplo de aplicação desse caso de interposição do recurso uniformizador pode ser encontrado, segundo MEDINA⁹⁹, na negativa de seguimento ao recurso especial com fundamento na Súmula nº 83/STJ,¹⁰⁰ ao argumento de que o acórdão impugnado se encontra em consonância com o entendimento da Corte de vértice, haja vista a necessidade de analisar o mérito recursal para se extrair a conclusão ensejadora da incidência do verbete sumulado.

2.5.3 A indicação de divergência com base em acórdão proferido pelo mesmo órgão fracionário que julgou o acórdão embargado, porém após a alteração de mais da metade de seus julgadores em sua composição

Via de regra, a indicação de acórdão paradigma proferido pelo mesmo órgão fracionário que julgou o pronunciamento judicial embargado resulta em inadmissibilidade dos embargos de divergência, pois representaria uma divergência interna ao próprio órgão fracionário, cuja solução cabe, conseqüentemente, aos ministros que o compõem. Todavia, o §3º do art. 1.043 do CPC¹⁰¹ recepcionou uma hipótese excepcional, qual seja a da alteração de mais da metade da composição do órgão fracionário prolator entre o julgamento do acórdão paradigmático e o acórdão embargado.

Ressalva-se, como bem sinaliza RODRIGUES¹⁰², que a mera alteração de composição não autoriza a interposição do recurso uniformizador, exigindo-se a demonstração de divergência entre dois acórdãos de mérito sobre uma questão de

⁹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Ebook*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 83. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, [1993]. Disponível em:< <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>. Acesso em: 13/04/2021.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

(...)

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

¹⁰² RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 356.

direito ou, alternativamente, a indicação da divergência entre um acórdão que apreciou o mérito recursal e outro que, embora não tenha conhecido o recurso, motivou a inadmissão com base em análise do mérito recursal.

Para CAMARGO, a possibilidade de interposição do recurso uniformizador foi incluída na legislação processual “pois considera tratar-se de ‘novo’ órgão”¹⁰³, posição parcialmente refletida em arguição de RODRIGUES¹⁰⁴. Contudo, essa inovação veio acompanhada de inúmeras críticas doutrinárias, tendo-se em vista o próprio fato de um órgão jurisdicional externo ser incumbido da tarefa de harmonizar dois posicionamentos de um único órgão, consoante apontamento de TESOLIN¹⁰⁵. Ato contínuo, o autor também questiona o preenchimento do requisito de atualidade da divergência - ponto 2.5.5 deste estudo -, porquanto o pressuposto dessa excepcionalidade envolve, além da alteração de sentido atribuído à questão de direito controvertida, a mudança na composição da turma em um certo lapso de tempo, permitindo-se o argumento de que houve, em verdade, superação do precedente firmado sob a égide da composição anterior.

Igualmente, é pertinente registrar a crítica de NETO, segundo a qual deveria ser incabível o recurso de embargos de divergência nessa hipótese, ao argumento de a mudança de composição, cumulada com a de interpretação do direito, deve ensejar a adoção do novo posicionamento da Corte, “utilizando-se como justificativa que o direito não deve ser estático, podendo haver evolução na interpretação que os Tribunais fazem dos artigos de leis”¹⁰⁶.

Sugere o articulista seja formulada uma ferramenta com o fito de evitar as mudanças abruptas no sentido dado ao direito, independentemente da composição

¹⁰³ CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p.271-296, out. 2017. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 26 mar. 2021.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 359.

¹⁰⁵ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 70.

¹⁰⁶ NETO, Luiz Ferrari. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v.252, p. 341-370, fev. 2016. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 16 mar. 2021

do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se, sem dúvidas, de um ponto polêmico na doutrina, cuja análise exauriente escapa do objeto deste estudo.

2.5.4 Possibilidade de divergência em relação ao direito material e ao direito processual

A matéria impugnável por meio dos embargos de divergência não é circunscrita pelas possibilidades de cabimento acima analisadas, diante da textura aberta da redação da lei e de seu enfoque no recurso apreciado - recurso especial ou recurso extraordinário -, no pronunciamento judicial embargado - acórdão - e no órgão prolator - órgão fracionário do tribunal. Ato contínuo, é pertinente cotejar do § 2º do art. 1.043, o qual dispõe:

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

(...)

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

Desta forma, pode ser suscitada a divergência acerca de qualquer área do direito, tornando incontroversa a devolutividade de questões de direito material e de direito processual. Importa averiguar especificamente, entretanto, a análise de questões relacionadas ao direito processual, uma vez que este foi disciplinado por mais de um dispositivo e foi objeto de alterações legislativas antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil, pela Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Especificamente, a controvérsia se refere à disposição legal do supracitado § 2º do art. 1.043 e a amplitude de seu significado após a revogação do inciso II¹⁰⁷ do mesmo

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

Art. 1.043. (...) II - em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade; (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

artigo de lei, que consagrava a possibilidade de apresentar embargos de divergência a respeito de questões de admissibilidade recursal do recurso extraordinário e do recurso especial.

Para CAMARGO, a possibilidade de provocar as Cortes Superiores a interpretarem o direito a respeito do juízo de admissibilidade continua sufragada pelo § 2º do art. 1.043 do CPC, argumentando que a “análise de admissibilidade recursal passa pelo exame do direito processual”¹⁰⁸, logo deve ser admitido o recurso para os acórdãos que divergirem a respeito do juízo de admissibilidade.

Posição semelhante é encontrada em TESOLIN¹⁰⁹, assim como em ARRUDA ALVIM e DANTAS¹¹⁰, apontando a abrangência do juízo de admissibilidade no conteúdo da norma autorizadora de impugnação de direito processual nos embargos de divergência. Todavia, é destacada a existência de entendimento diverso no Superior Tribunal de Justiça, o qual é representado aqui neste trabalho pelas razões emitidas no Agravo Interno nos Embargos de Divergência nº 1.814.327/RS¹¹¹ e no Agravo Interno em Embargos de Divergência nº 1.583.877/RS¹¹², dos quais cita-se abaixo a ementa do segundo:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.
AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO
FEDERAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC/1973. NÃO
OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE 28,86%. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

¹⁰⁸ CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p.271-296, out. 2017. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 26 mar. 2021.

¹⁰⁹ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1814327/RS. Agravante: Marta Rejane Machado dos Santos. Agravado: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 30 nov.2020. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900917970&dt_publicacao=30/11/2020> Acesso em: 12 abr. 2021.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.583.877/RS. Agravante: Sílvia Knijnik. Agravada: União. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08 nov. 2020. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600356240&dt_publicacao=08/09/2020> Acesso em: 12 abr. 2021

VALIDADE. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DO PAGAMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE QUESTÃO DE MÉRITO DO APELO NOBRE, SEJA DE DIREITO MATERIAL SEJA DE DIREITO PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 315/STJ, POR ANALOGIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.043, I E III, DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO.

1. A finalidade dos Embargos de Divergência é a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto não podem ser utilizados como nova via recursal, objetivando a correção de eventual equívoco advindo do julgamento do próprio Recurso Especial.

2. Desse modo, não é cabível sua interposição para discutir o acerto ou desacerto na aplicação da regra técnica de conhecimento de Recurso Especial, como no caso, em que o juízo de admissibilidade nem sequer chegou a ser ultrapassado, ante a incidência da Súmula 7/STJ, quanto à limitação temporal do pagamento.

3. O art. 1.043 do CPC/2015, I e III, ao disciplinar as hipóteses de cabimento dos Embargos de Divergência, parte da premissa de que tanto o acórdão embargado quanto o aresto apontado como paradigma tiveram o mérito do Recurso Especial analisado.

4. O mérito dos Embargos de Divergência, segundo o § 2º do referido dispositivo, decorre da aplicação do direito material ou do direito processual contido na tese do Recurso Especial, não se podendo extrair dessa previsão normativa interpretação autorizativa para se utilizar o recurso uniformizador como instrumento viabilizador de novo exame quanto ao conhecimento do Recurso Especial.

5. No caso em exame, contudo, o pleito quanto à limitação temporal do pagamento não foi analisada por este Tribunal, porque presente o óbice da Súmula 7/STJ, de maneira que é impositiva a incidência da Súmula 315/STJ.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EREsp 1583877/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/08/2020, DJe 08/09/2020)

Com efeito, embora a recorribilidade do direito processual por meio do recurso uniformizador seja incontroversa, a questão revolvida pelo exame da divergência sobre o juízo de admissibilidade é envolta por controvérsias nas Cortes Superiores e na doutrina, digna, porventura, de um estudo mais amplo do que o escopo do presente trabalho permite explorar.

2.5.5 O cotejo analítico da divergência atual

Tendo em vista a já analisada finalidade última dos embargos de divergência, qual seja a resolução de dissídios nas Cortes Superiores pela da fixação de um sentido para o direito, o qual será observado pelo próprio tribunal em casos futuros, consequência lógica é a exigência de uma demonstração de divergência pela parte recorrente. É o que diz o § 4º do art. 1.043 do Código de Processo Civil, o qual atribui ao embargante o ônus de provar a divergência por si invocada, anexando ao seu recurso uma certidão, cópia ou citação de banco oficial ou idôneo de jurisprudência da Corte de vértice prolatora e, além disso, deverá expor as características semelhantes ou identificadoras nos casos cotejados. Porém, a doutrina processual civil muito bem esclarece o rigor exigido dessa comprovação da divergência, vedando-se a admissibilidade do recurso com base na mera transliteração de precedentes – seja de seus acórdãos, seja de suas ementas – sem o devido enfrentamento do ônus de apontar o dissídio entre interpretações do direito, conforme julgam as próprias Cortes Superiores, cujos julgados colaciona-se abaixo:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO E DE SIMILITUDE ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A ausência de cotejo analítico e de similitude entre os casos confrontados é obstáculo suficiente para que os embargos de divergência não sejam admitidos. 2. Não cabe invocar, nos embargos de divergência, precedente paradigma do mesmo órgão julgador que proferiu o acórdão embargado, exceto na hipótese em que a composição da Turma tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. Inteligência do § 3º do art. 1.043 do Código de Processo Civil de 2015. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. Na forma do art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil de 2015, em caso de votação unânime, fica condenado o agravante a pagar ao agravado multa de um por cento do valor atualizado da causa, cujo depósito prévio passa a ser condição para a interposição de qualquer outro recurso (à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final).

(RE 1223843 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)¹¹³

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.223.843/RS. Agravantes: Jose Helberto de Oliveira e Linea Helena Porcher de Oliveira. Agravado: Luiz Antonio Piva. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 17 ago. 2020. Disponível em:

EXECUÇÃO FISCAL. OBRIGAÇÃO NÃO TRIBUTÁRIA. A EXECUÇÃO FISCAL É VIA ADEQUADA PARA EXIGIR O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE TERMO DE PARCELAMENTO DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. DISSÍDIO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO ATACADO E OS PARADIGMAS.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade com a qual se pretendia extinguir execução fiscal. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.

II - Segundo o art. 1.043, § 4º, do CPC/2015 e art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o embargante, além de provar a divergência por cópia ou citação do repositório oficial, deverá mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, o chamado "cotejo analítico da divergência", requisito este que não foi atendido na peça recursal, inviabilizando seu conhecimento. Nesse sentido: AgRg nos EAREsp n. 15.211/PR, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 3/6/2020, DJe 18/6/2020 e AgInt nos EAREsp n. 1.355.295/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 26/5/2020, DJe 1º/6/2020.

III - Ademais, para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a **necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas**, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.235.867/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp n. 1.109.608/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp n. 1.717.512/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt nos EREsp 1617186/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/03/2021, DJe 23/03/2021)¹¹⁴

Leciona TESOLIN¹¹⁵ que o cotejo analítico deve ser objetivo a respeito das semelhanças nos casos julgados pelo acórdão paradigma e o embargado, assim

<redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753483861>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1617186/DF. Agravante: Alessandro dos Santos Rodrigues. Agravado: Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601993096&dt_publicacao=23/03/2021>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹¹⁵ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 100-101.

como a divergência jurisprudencial instalada na interpretação da questão constitucional ou federal impugnada. Nesse sentido, argumenta ser “importante que a tese jurídica contida no paradigma seja clara, pois inexistente a possibilidade de interpretação extensiva para o seu reconhecimento”¹¹⁶, resultando na exigência de identidade cristalina entre as questões de direito enfrentadas pelos precedentes confrontados. Portanto, devem os embargos de divergência, ao mesmo tempo: i) apontar um dissenso razoavelmente visível entre as razões de decidir emitidas por órgãos diversos de uma Corte Superior, comparando os diferentes julgados e contrastando seus fundamentos; ii) e apresentar fundamentos capazes de infirmar a existência de similitude nos casos julgados¹¹⁷.

Nesta égide, RODRIGUES¹¹⁸ aborda a questão da chamada “divergência notória” entre acórdãos e se o cotejo analítico poderia ser mitigado nessa hipótese, admitindo-se, a exemplo, o confronto de ementas. Com razão, a autora sustenta ser incabível a exposição de uma divergência pela simples citação de ementas, porquanto a flexibilização dos critérios de interposição do recurso uniformizador arriscaria a segurança jurídica no tocante à admissibilidade dos embargos, eis que o recebimento de embargos carentes de um rígido cotejo analítico sujeitar-se-ia ao reconhecimento de notoriedade da divergência pelas Cortes de vértice¹¹⁹. Ressalva-se, no entanto, a existência de corrente doutrinária diversa, nas figuras de DIDIER e CUNHA¹²⁰ e MEDINA¹²¹, os quais sustentam a atenuação da exigência na comparação de acórdãos quando o dissídio for manifesto, observável a partir da leitura das ementas, posição ocasionalmente acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

¹¹⁶ TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021., p. 102.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 100-102.

¹¹⁸ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 425

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 424

¹²⁰ DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, v. 3. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 122.

¹²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ebook. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com.>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Outra característica pertinente a se pontuar é a necessidade de ser a divergência indicada atual, isto é, represente um posicionamento dissidente em vigente aplicação nos julgamentos da Corte de vértice prolatora. Na visão de ARRUDA ALVIM e DANTAS, o requisito de atualidade compreende a existência de entendimento dissidente não superado, de modo que se vislumbra no presente as interpretações em conflito, exigência que obsta o uso, por exemplo, de julgados cujas teses jurídicas não mais são repercutidas nos pronunciamentos das Turmas do STF ou das Turmas e das Seções do STJ. Oportunamente, RODRIGUES¹²² expõe a indeterminação interna ao conceito de “divergência atual”, porquanto não há critério temporal objetivo para aferir a atualidade do dissenso, concluindo no sentido de ser exigido do recorrente a comprovação de dissídio existente quando da data de interposição dos embargos de divergência.

2.5.6 A questão da semelhança fática no contexto da divergência

Consonante as menções anteriores no trabalho a respeito desse tópico em questão, o pressuposto motivador dos embargos de divergência é, tal qual denota a nomenclatura do recurso uniformizador, a existência de um dissídio interpretativo a respeito da questão de direito devolvida aos Tribunais Superiores. Todavia, segundo comentam NERY JUNIOR e NERY¹²³, tão importante quanto a comparação de interpretações diversas sobre o direito é a semelhança de contextos fáticos analisados pelo acórdão embargado e o acórdão paradigma, a fim de justificar a própria comparação entre julgados. Porém, o cotejo da semelhança fática não está isento de suas próprias controvérsias, especialmente no tocante às questões de direito processual, alteração que será estudada de maneira breve e não exaustiva neste tópico.

¹²² RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência**: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 417

¹²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Ebook*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>> Acesso em: 10 abr. 2021.

Aos embargos de divergência a doutrina atribui a característica de ser exigida a semelhança fática substancial, significando, de acordo com CAMARGO¹²⁴, “dizer que o ponto de intersecção entre um caso e outro é revelado pela *core/ratio* do caso, que é uno”. Isto é, busca-se por casos essencialmente similares, os quais se assemelham nos fatos relevantes para a controvérsia jurídica – a despeito de outras diferenças fáticas –, mas cujos desfechos jurídicos instalaram uma divergência quando do julgamento do mérito recursal pelas Cortes de vértice.

ARRUDA ALVIM e DANTAS alertam que é exigido maior esforço interpretativo no ato de estabelecimento de nexos entre os julgados cotejados nos recursos uniformizadores por identidade essencial/substancial, de modo a comprovar a presença de semelhança em essência entre os acórdãos comparados¹²⁵, apesar de versarem sobre fatos diversos. Entrementes, advertem os doutrinadores acerca da possibilidade de desarmonia na atribuição de sentido ao direito tanto na hipótese de casos iguais serem decididos de maneira diferente, quanto em casos diferentes que recebam um julgamento de mérito no mesmo sentido¹²⁶.

Ademais RODRIGUES¹²⁷ alerta para a excepcionalidade das divergências invocadas em matéria de direito processual, nas quais os fatos que deram causa à questão de direito têm sua relevância sopesada pela importância da própria interpretação divergente dada à legislação processual. Essa manifestação encontra consonância em MARINONI, cuja produção doutrinária há muito elucida sobre a abstração da questão de direito processual civil em relação aos fatos que impulsionaram o processo, uma vez, no Superior Tribunal de Justiça, que possui cisão de competência entre os órgãos fracionários, o texto legal de cunho processual interpretado pelas 1ª e 2ª Turmas, cuja competência concerne o Direito Público, é o

¹²⁴ CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p.271-296, out. 2017. Disponível em < <https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 26 mar. 2021.

¹²⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹²⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *Ebook*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10/04/2021. *Passim*.

¹²⁷ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 412.

mesmo ao qual a 3ª e a 4ª Turmas atribuem sentido em seus julgamentos, constituindo interpretação divergente sobre a mesma norma. Nesse sentido, propõe o doutrinador sejam relevadas as razões de decidir do acórdão paradigmático, seguidas por uma individualização dos fatos relevantes e o grau dessa influência, para, ao final, levar em conta os fatos atrelados ao caso, aferindo se eles possuem o condão de modificar o modo de se enxergar o direito processual ou se esse permanece inalterado pelo caso concreto.

A despeito das lições doutrinárias, uma parcela do Superior Tribunal de Justiça acolhe o entendimento pela inadmissibilidade dos embargos de divergência em matéria processual, quando ausente a semelhança fática¹²⁸. No entanto, a controvérsia não é pacífica, existindo precedentes em consonância com as opiniões doutrinárias consignadas¹²⁹. Com efeito, esta questão é controversa e sua análise mais elaborada escapa ao objetivo desse trabalho acadêmico.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1548298/PR. Agravantes: TV Aliança Paulista Ltda, TV São José do Rio Preto Limitada e TV Bauru Ltda. Agravado: Luciano Deischl. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 16 mar. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902142756&dt_publicacao=16/03/2021>. Acesso em: 13/04/2021.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Divergência nº 1316051/SP. Agravante: Nélio Roberto Seidl Machado. Agravado: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Relator: Ministro Og Fernandes. Relator para o acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200603584&dt_publicacao=22/02/2019>. Acesso em: 13/04/2021.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO E OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

3.1 Considerações iniciais

Os precedentes judiciais foram inequivocamente recepcionados pelo Código de Processo Civil de 2015, constituindo-se um instituto de direito processual civil do ordenamento jurídico brasileiro vigente, conforme se extrai de dispositivos legais propriamente ditos, tal qual o art. 927, § 5º, bem como da Exposição de Motivos da Comissão de Juristas, especificamente no trecho transcrito:

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de *teses contrapostas*, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade.

Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*.

Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes judiciais¹³⁰.

Em se tratando de um instituto singular na prática do processo civil brasileiro, as correntes doutrinárias, em que pese instaladas há décadas na academia, ainda não suplantaram todos os reducionismos genéricos a respeito da matéria dos precedentes judiciais. Algumas dessas ideias gerais, inclusive, são bastante prejudiciais para a compreensão do operador do Direito se internalizadas em sua formação - cite-se aqui, a exemplo, a ideia de que se trata de um instituto incompatível com o direito brasileiro, porquanto importado de um ordenamento jurídico de tradição jurídica diversa -. Por tal motivo, é pertinente abrir as considerações iniciais com esclarecimentos acerca de questões fundamentais dos precedentes.

¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos da Comissão de Juristas**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>>. Acesso em: 13/03/2021.

3.2 Delineamentos conceituais

3.2.1 Caracterização doutrinária do *Civil Law* e do *Common Law*

No momento em que o assunto “precedentes judiciais” é discutido, torna-se trivial entre operadores do Direito a imediata associação do assunto às tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law*, pois foi nos ordenamentos jurídicos caracterizados pela segunda tradição – mormente o Reino Unido e os Estados Unidos da América – que o instituto do precedente se moldou até atingir a forma como é aplicado atualmente nos países anglo-saxões e ensinado pela doutrina brasileira: o *stare decisis*, ou precedente obrigatório.

CHARAN muito bem explicita que essa dicotomia entre tradições jurídicas é controversa na doutrina, pois há diferenças notórias entre ordenamentos jurídicos mesmo dentro daqueles classificados como de *Common Law* ou do *Civil Law*¹³¹. Ato contínuo, consigna que muitas das diferenças entre essas tradições jurídicas em relação à organização do direito se deve às suas origens e seus respectivos desenrolares históricos¹³², destacando-se, com amparo em MITIDIERO, a influência da cultura dos locais apontados como os modeladores de cada tradição jurídica¹³³.

3.2.1.1 O *Civil Law* - ou tradição romano-germânica

A formação do *Civil Law* remonta ao período pós-Revolução na França, inspirando-se muito nos ideais avivados pela Revolução Francesa e em manifesto contraponto ao Antigo Regime, o qual era marcado pela arbitrariedade do monarca¹³⁴ e de seus juízes¹³⁵. A solução para a perniciosa arbitrariedade foi uma enfática

¹³¹ CHARAN, André Luís. Os precedentes obrigatórios no direito processual civil brasileiro: uma necessidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 63, 17 f. dez. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85587>> Acesso em 16 mar. 2021.

¹³² CHARAN, *loc. cit.*

¹³³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹³⁴ CHARAN, André Luís, *op. cit.*

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

vinculação de todos ao império da lei¹³⁶, cujo sentido era extraído do texto legal mediante interpretação cognitivista – por meio da qual “a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente”¹³⁷ – e aplicação lógico-dedutiva da lei, transformando os juízes em uma figura inanimada, que se limita a uma declaração da lei¹³⁸, e incorporando a teoria de MONTESQUIEU a respeito da separação dos poderes de Estado, segundo a qual o poder de julgar constituía um poder nulo¹³⁹, agindo apenas como “a boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁴⁰.

Sob essa ótica, os revolucionários incorporaram aos seus ideais o pressuposto de que o texto da lei comportaria a todas as hipóteses passíveis de ocorrência no mundo dos fatos¹⁴¹, haja vista a crença de que a lei continha, nas palavras de ARRUDA ALVIM e DANTAS, “a vontade do povo e que, sendo esta literalmente respeitada, a vontade do povo seria também respeitada”¹⁴². Conseqüentemente, houve a proibição da interpretação da lei pelos juízes e os tribunais¹⁴³, porquanto sua aplicação se resumiria a uma simples subsunção dos fatos ao enunciado da legislação¹⁴⁴.

Ressalta-se que a causa para um controle tão radical da interpretação da lei pelos juízes e pelos tribunais da França do Século XVIII encontra sua justificativa na própria atuação judicial durante o Antigo Regime, a qual era eivada por conflitos de interesses porque os julgadores ocasionalmente distorciam a lei vigente, ao argumento de interpretá-la, a fim de favorecer pessoas próximas suas no julgamento

¹³⁶ CHARAN, André Luís. Os precedentes obrigatórios no direito processual civil brasileiro: uma necessidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 63, 17 f. dez. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85587>> Acesso em 16 mar. 2021.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹³⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. *E-book*. p.172. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>. Acesso em 18/04/2021. p. 172

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 175.

¹⁴¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*

¹⁴⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno, *op. cit.*

e obter ganhos escusos¹⁴⁵. Assim, os parlamentares revolucionários atribuíram ao próprio Poder Legislativo a tarefa de interpretar a lei, instituindo, inclusive, um mecanismo de provocação da Assembleia Legislativa pelo Poder Judiciário em caso de dúvidas interpretativas – o *référé législatif* facultativo, por meio do qual os julgadores tinham acesso à correta interpretação da lei¹⁴⁶.

Para garantir a aplicação da lei nas decisões judiciais, a Assembleia Legislativa instituiu um órgão independente de qualquer poder de Estado, o Tribunal de Cassação¹⁴⁷. Segundo MARINONI, a atribuição desse órgão era controlar as decisões dos tribunais pela anulação – cassação – das decisões que afrontavam a interpretação da lei, porém sem reformar os julgados, uma vez que o órgão surgiu desprovido de natureza jurisdicional, ou seja, não detinha competência para interferir no mérito do julgamento quando da sua instalação¹⁴⁸. Registra-se, ademais, que o Tribunal de Cassação passou por reformas após a Revolução Francesa, eventualmente convertendo-se em órgão jurisdicional de cúpula do país em 1837, quando suas decisões adquiriram força obrigatória perante os juízes e a Corte pôde entrar no mérito do julgamento¹⁴⁹.

Pelo exposto, percebe-se que o contexto histórico e social da França da Revolução Francesa marcou profundamente os contornos da tradição romano-germânica – ou do *Civil Law* –, associando sua imagem com a da soberania da lei enquanto fonte primária do direito. Oportunamente, alerta MARINONI que obstar os juízes de interferirem nas tarefas reservadas ao Poder Legislativo não deve acarretar a proibição de interpretação pelo Poder Judiciário, pois não há invasão de competência legislativa no ato de interpretar o texto legal, haja vista a distinção entre a função legislativa de editar normas gerais para dar substância ao ordenamento jurídico e a função judicante de interpretar o direito com o fito de resolver casos concretos¹⁵⁰.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁴⁶ *Idem*. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁴⁷ MARINONI, *loc. cit.*

¹⁴⁸ *Idem*. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 20 mar. 2021

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ MARINONI, *op. cit.*

3.2.1.2 O *Common Law* - ou tradição anglo-saxônica

Diferentemente do *Civil Law*, cujo surgimento possui um marco histórico específico a ser relacionado, o *Common Law* não tem uma data ou um evento histórico específico para demarcar seu início como tradição jurídica, pois deriva dos costumes gerais seguidos pelos ingleses¹⁵¹, os quais, como menciona MITIDIERO, tinham sua existência demonstrada na decisão judicial¹⁵². Logo, seu desenvolvimento ocorreu de maneira contínua ao longo dos séculos¹⁵³, transformando-se no decorrer do tempo e construindo, em sua fase contemporânea, o precedente obrigatório, ou *stare decisis*, motivo pelo qual a doutrina analisa pela sua perspectiva histórica os precedentes e a tradição jurídica que caracteriza esse instituto de direito¹⁵⁴.

Argumenta MITIDIERO¹⁵⁵ que o desenvolvimento do *Common Law* pode ser dividido em três momentos, conforme a função que o precedente judicial desempenhou na época: i) o precedente ilustrativo; ii) o precedente persuasivo; iii) e o precedente vinculante.

O período do precedente ilustrativo corresponde ao mais próximo da formação da tradição jurídica do *Common Law*, quando a invocação do precedente visava a ilustrar ou explicar o direito em aplicação no caso concreto, de modo que a citação do precedente nessa época não implicaria a vinculação da Corte ao precedente, porquanto sua adoção na decisão judicial não continha critérios decisórios, “mas sim como elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law*”¹⁵⁶. Nesse mesmo momento, aduz ARRUDA ALVIM e DANTAS, também é concebida a teoria declaratória da jurisdição, segundo a qual a decisão judicial declarava um direito que já existia¹⁵⁷, posição coadunada com a de MITIDIERO:

¹⁵¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁵³ ARRUDA ALVIM; DANTAS, *op. cit.*

¹⁵⁴ MITIDIERO, *op. cit.*

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ MITIDIERO, *op. cit.*

¹⁵⁷ ARRUDA ALVIM; DANTAS, *op. cit.*

Daí a razão pela qual desde as suas origens existe uma interconexão entre o *Case Law*, os precedentes e a teoria declaratória da jurisdição (*declaratory theory of judicial decision*): supõe-se que o direito inglês é formado por costumes imemoriais e é evidenciado a partir do caso, cujo resultado é um precedente que apenas declara o *Common Law* preexistente¹⁵⁸.

O doutrinador classifica como sendo a época do precedente persuasivo o período entre os séculos XVI e XVII, a partir do momento que os precedentes judiciais passam a exercer uma função decisória para o caso concreto, transformando-se na “principal e mais autorizada ‘*evidence*’ da existência do *Common Law*”¹⁵⁹. Todavia, sua aplicabilidade ficava condicionada à constatação de que suas razões não contrariassem o Direito – isto é, que o precedente não fosse considerado absurdo ou injusto pelo juiz, pois a constatação de um desses dois elementos autorizava ao julgador descartar o precedente¹⁶⁰. Essas características levam MITIDIERO a arguir que o precedente persuasivo característico dessa época não constituía norma, pois podiam os juízes posteriores, a despeito da adequação do precedente ao caso concreto, negar sua aplicação¹⁶¹.

No meio dessa fase da tradição jurídica anglo-saxônica surgiu um debate paralelo à eficácia do precedente, mas diretamente relacionado com esse, qual seja a controvérsia se a interpretação judicial declara o direito - teoria declaratória da jurisdição - ou se ela cria o direito - teoria positivista da jurisdição -, graças aos esforços doutrinários de William Blackstone, filiado à primeira vertente, e de Jeremy Bentham e John Austin, filiados à segunda corrente doutrinária. Consoante lição de MARINONI¹⁶², a teoria declaratória partia do pressuposto de que o *Common Law* - nesse contexto entendido como os costumes gerais, o direito não escrito – *lex non scripta* - existia ao lado do direito escrito, sendo declarado pelo juiz quando consignado na decisão judicial, razão pela qual se afirmava que as Cortes comprovavam a existência dessa *lex non scripta* ao se basear em precedente judicial para julgar um caso. Lado outro, a corrente doutrinária defendida por Bentham e

¹⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ MITIDIERO, *loc. cit.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021

Austin atribuía a existência do *Common Law* à *law-making authority* inerente aos juízes, concluindo pela criação do direito por estes na decisão judicial, ao mesmo tempo que lhes era reservado o poder de revogar precedentes¹⁶³.

O terceiro período do precedente judicial é marcado temporalmente pelos *Judicature Acts* de 1873 e de 1876, por intermédio dos quais os tribunais do sistema judicial inglês foram sistematizados hierarquicamente¹⁶⁴. Inicialmente, quando do *Act* de 1873, a *High Court of Justice* figurou como órgão de cúpula, porém, essa opção foi revisada no *Act* de 1876, que posicionou a *House of Lords* como o órgão judicial máximo do ordenamento jurídico britânico, permanecendo dessa forma a organização judiciária até o *Constitutional Reform Act* de 2005, o qual instalou a *Supreme Court of the United Kingdom*, atribuindo a esse novo tribunal a função jurisdicional anteriormente desempenhada pela câmara alta do Parlamento¹⁶⁵. Após essa transformação institucional, declara MITIDIERO que as circunstâncias do *Common Law* ficam propícias ao surgimento da eficácia obrigatória dos precedentes judiciais, efeito cuja origem é apontada pela doutrina no julgamento *London Tramways v. London City Council*, realizado pela *House of Lords* em 1898, quando ela se reconheceu, por unanimidade, vinculada aos seus próprios precedentes¹⁶⁶.

Pelo exposto, constata-se que o precedente vinculante não consiste em uma característica inerente à tradição do *Common Law* como um todo, correspondendo à sua iteração mais recente, haja vista a abrangência histórica da tradição anglo-saxônica em comparação ao breve período de aplicação obrigatória dos julgamentos da *House of Lords*. Com efeito, conforme esclarece MARINONI¹⁶⁷, reduzir o *Common Law* aos precedentes vinculantes resulta em uma explicação incompleta, porquanto a tradição jurídica foi capaz de operar com os costumes gerais e sem a concepção da *ratio decidendi*.

¹⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ MITIDIERO, *loc. cit.*

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

3.2.2 *Stare decisis*: a obrigatoriedade dos precedentes judiciais

3.2.2.1 A evolução do precedente obrigatório

A obrigatoriedade dos precedentes, tal qual a história dos próprios precedentes, não operou da mesma maneira desde a sua recente gênese. Com efeito, MARINONI expõe que o caso *London Tramways v. London City Council*, de 1898, consagrou na *House of Lords* uma eficácia absolutamente vinculante aos seus precedentes judiciais, cuja autoridade era dotada de tamanha força que “a Corte não poderia tomar em conta argumentos para reconsiderar as suas anteriores decisões”¹⁶⁸. Entretanto, a consolidação do precedente judicial nesses termos ocasionou um problema, pois a câmara alta do Parlamento agora se via irremediavelmente vinculada aos seus julgamentos anteriores, circunstância que MITIDIERO aponta como o fundamento para acusações doutrinárias de que a obrigatoriedade dos precedentes seria “um obstáculo à evolução do direito, tornando o juiz do presente um “escravo do passado” e o julgador do precedente um “déspota do futuro”¹⁶⁹.

Ressalte-se, no entanto, que essa posição não mais vigora no *Common Law* do Reino Unido, pois a câmara alta do Parlamento revisou a obrigatoriedade de seus precedentes, declarando, via *Practice Statement* de 1966, que a *House of Lords* poderia decidir de maneira diversa aos seus precedentes quando essa superação - *overruling* - parecer correta, isto é, quando seguir o precedente causaria injustiça no caso concreto, além de ocasionar restrição ao desenvolvimento do direito¹⁷⁰. Nos termos da manifestação da Corte, “portanto, eles propõem alterar a presente prática e, ainda tratando decisões anteriores desta *House* como normalmente vinculantes, deixar de seguir uma decisão anterior quando parecer correto”¹⁷¹.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷⁰ MARINONI, *op. cit.*

¹⁷¹ “They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.”

UNITED KINGDOM. *House of Lords. Practice Statement (judicial precedent)*, [1966]. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>>. Acesso em: 24/04/2021.

Veja-se que essa mudança de posicionamento, a qual apenas mitigou a absoluta vinculação e recepcionou as formas de superação do precedente, não reverteu as decisões da *House of Lords* novamente para a sua anterior eficácia persuasiva, consignando-se no *Practice Statement* o seguinte:

“Os *Lordships* consideram o uso do precedente uma base indispensável para decidir o que é o direito e para a sua aplicação a casos individuais. Ele fornece um certo grau de certeza por meio da qual os indivíduos podem orientar-se em suas condutas, além de ser uma base para o regular desenvolvimento das regras legais”¹⁷².

Já no sistema judicial dos Estados Unidos da América, também radicado no *Common Law*, MARINONI elucida que a *Supreme Court* sempre teve à sua disposição o poder de superar seus precedentes, desde que apresentada uma justificação especial para tanto. Nas palavras do doutrinador, a superação - *overruling* - deve ocorrer “quando, independentemente de decisões anteriores que revelem a fragilidade do precedente, percebe-se com nitidez o seu erro e nada justifica a opção pela estabilidade”¹⁷³.

3.2.2.2 Precedente - *ratio decidendi* e *obiter dicta*

A obrigatoriedade dos precedentes, ou o princípio do *stare decisis et non quieta movere*, opera de maneira dúplice, declara MANCUSO, primeiro extraído de um julgamento pretérito sua *ratio decidendi*, para então fornecer aos julgamentos futuros um paradigma a ser observado¹⁷⁴. Essa *ratio decidendi* possui fundamental relevância, pois é nesse elemento que o precedente se encontra, constituindo, nas palavras de MITIDIERO, as “razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam

¹⁷² “*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases.*”

UNITED KINGDOM. *House of Lords. Practice Statement (judicial precedent)*, [1966]. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>>. Acesso em: 24/04/2021.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos”¹⁷⁵. Neste esteio, ARRUDA ALVIM e DANTAS apresentam um esclarecedor conceito de *ratio decidendi*¹⁷⁶ como a “*proposition of law* (= proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão”¹⁷⁷, consistindo no elemento vinculante do pronunciamento judicial.

A busca do significado do precedente exige uma análise atenta da fundamentação da decisão judicial, pois é onde está a interpretação da norma – a razão de decidir –, embora MARINONI explique que o relatório e o dispositivo não podem ser ignorados nessa busca¹⁷⁸. Ademais, adverte o doutrinador, a fundamentação não deve ser confundida com a *ratio decidendi*, pois a segunda se encontra instalada na primeira, porém a fundamentação da decisão carrega conteúdos outros além das razões relevantes ao precedente, tais quais outras teses jurídicas de menor relevância para o caso e questões periféricas, cuja importância para o precedente são ínfimas¹⁷⁹.

É pacífico na doutrina a característica da *ratio decidendi* como um constante objeto de discussão¹⁸⁰, uma vez que há diversas teorias para a identificação dos elementos da decisão que constituem *ratio decidendi* e aqueles que se torna *obiter dictum*, dificuldade que ARRUDA ALVIM e DANTAS atribuem em parte à necessidade de se interpretar a decisão judicial para identificar sua *ratio decidendi*¹⁸¹. O primeiro método de identificação comumente citado pela doutrina é o teste de *Wambaugh*, segundo o qual a *ratio decidendi* é a proposição de direito cuja ausência – promovida mediante a formulação de uma proposição com o sentido invertido – é suficiente para alterar o resultado do julgamento¹⁸². Todavia, esse método é criticado severamente pela doutrina, pois o teste falha quando a Corte decide um caso com base em duas

¹⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷⁶ A *ratio decidendi* também conhecida por *holding* no direito estadunidense, porém a apenas primeira nomenclatura será usada no trabalho, pois a primeira terminologia possui maior prevalência na doutrina brasileira.

¹⁷⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁷⁹ MARINONI, *loc. cit.*

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno, *op. cit.*

¹⁸² MARINONI, *op. cit.*

razões de decidir suficientemente relevantes para sustentar o resultado do julgamento, hipótese em que, segundo o teste de *Wambaugh*, ambas constituiriam *obiter dictum*¹⁸³.

O outro método de identificação conhecido na doutrina é o de *Goodhart*, o qual MARINONI caracteriza por relevar o princípio do tratamento isonômico de casos iguais considerados determinantes - *treat like cases alike*. Segundo essa proposta, a *ratio decidendi* é encontrada mediante a identificação dos fatos materiais da causa – caracterizados como fundamentais – e, em um segundo momento, pela análise da decisão proferida sobre esses fatos¹⁸⁴. Contudo, essa forma de identificação também não está isenta de críticas, uma vez que os fatos imateriais, deixados de lado pelo julgador, são de difícil identificação.

Obiter dicta - ou *obiter dictum*, no plural-, por sua vez, consiste no argumento ou nas razões desnecessárias ou insuficientes para a solução do caso julgado¹⁸⁵, possuindo apenas eficácia persuasiva¹⁸⁶. Percebe-se nessa conceituação a conexão entre o significado de *obiter dicta* e de *ratio decidendi*, pois a abrangência de um significado afeta diretamente o outro. Destarte, MARINONI esclarece que há questões nitidamente desnecessárias para a resolução de um caso concreto, classificadas pacificamente como *obiter dictum*, assim como há questões necessárias ao caso, mas desnecessárias para o resultado do julgamento e questões absolutamente desconectadas do caso *sub judice*¹⁸⁷.

3.2.2.3 Aplicação do precedente e a distinção - *distinguishing*

A teoria do precedente judicial exige uma técnica de confronto do caso atual com o precedente paradigmático, com o fito de aferir se o precedente se enquadra na situação fática ventilada no caso em análise e, portanto, deve se amoldar às suas

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁸⁶ ARRUDA ALVIM; DANTAS, *op. cit.*

¹⁸⁷ MARINONI, *op. cit.*

razões de decidir. Assim, feita essa comparação dos elementos fáticos relevantes caso paradigmático e os elementos componentes do caso atual, o juiz pode aplicar o precedente, se for o caso, ou realizar um *distinguishing*.

O *distinguishing* “expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente”¹⁸⁸, realizado mediante análise dos fatos que moldam o caso do precedente e os fatos do caso em análise pelo juiz do presente, concluindo, se for o caso de aplicação desse instituto, que as diferenças fáticas entre os casos comparados não permitem à *ratio decidendi* se encaixar no caso atual, pois foi formada com base em fatos diversos¹⁸⁹. Apesar desse lastro nos fatos relevantes, MARINONI adverte que nem todas as diferenças fáticas fundamentam a inaplicabilidade do precedente, cabendo ao juiz arguir por uma distinção material – isto é, em seus fatos relevantes –, mediante a apresentação de “uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente”¹⁹⁰.

A ocorrência de um *distinguishing* a um precedente, diferentemente das outras formas de superação dos precedentes, não implica em juízo equivocado quando da formação do precedente ou em desgaste de suas razões de decidir – hipótese que justificaria uma das formas de *overruling*. Pelo contrário, o exame de distinção explicita a inaplicabilidade do precedente ao caso concreto, sem prejuízos à sua eficácia vinculante¹⁹¹, uma vez que o conteúdo ou a autoridade do precedente em análise não é examinado¹⁹², mas tão somente a semelhança de contexto fático entre o caso do precedente e o caso atual.

A distinção foi recepcionada pelo Código de Processo Civil no art. 489, § 1º, inciso VI, o qual considera não fundamentada a decisão judicial que não acompanhar o precedente e não efetuar a técnica de distinção, consignando as circunstâncias ensejadoras da inaplicabilidade do precedente ao caso em julgamento.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁸⁹ MARINONI, *loc. cit.*

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁹² MARINONI, *op. cit.*

3.2.2.4 Formas de superação do precedente

Conforme foi abordado anteriormente, os precedentes vinculantes do *Common Law* há muito não são aplicados de maneira absoluta, diante do reconhecimento da necessidade de revisar o precedente e “deixar de seguir uma decisão anterior quando parecer correto”¹⁹³, prática atualmente adotada tanto no *Common Law* do Reino Unido quanto no dos Estados Unidos, cuja *Supreme Court* sempre reconheceu essa mutável do precedente. MITIDIERO menciona ser a identificação de uma razão capaz de acarretar a superação – total ou parcial – uma tarefa tão importante quanto a busca da *ratio decidendi* e o cotejo de sua aplicabilidade no caso presente¹⁹⁴.

3.2.2.4.1 Superação total - *overruling*

A superação total do precedente, chamada de *overruling* no *Common Law*, é afirmada por MITIDIERO como a “a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua solução”¹⁹⁵, resultando no abandono do precedente pela Corte que o produziu¹⁹⁶. A relevância desse poder das Cortes de vértice é tamanha que MARINONI assegura não haver sistema de precedentes quando não há critérios de *overruling* estabelecidos¹⁹⁷, isto é, quando os Tribunais Superiores de um determinado ordenamento jurídico são incapazes de revisar suas interpretações acerca do direito e, se for a medida adequada, superar a posição estabelecida por um precedente judicial desgastado.

¹⁹³ “(...) *to depart from a previous decision when it appears right to do so.*”

UNITED KINGDOM. House of Lords. **Practice Statement (judicial precedent)**, [1966]. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>>. Acesso em: 24/04/2021.

¹⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ NUNES, Karin Andressa Lisboa; SOARES, Kayro Ycaro Alencar. Os precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Direito brasileiro. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDF**. Brasília, v. 109, n. 1, p. 53-63, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/121852>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 61.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

O desgaste que motiva a superação do precedente pode ocorrer quando a *ratio decidendi* não mais corresponde aos padrões de congruência social, significando que os valores políticos, morais ou “de experiência¹⁹⁸” do precedente não mais refletem a realidade da sociedade. Pode, por outro lado, ter causa na inconsistência sistêmica nas decisões da Corte, quando o precedente desgastado perde sua coerência, mediante o uso não coeso da técnica de distinção, os quais criam, por sua vez, exceções ilógicas ao precedente¹⁹⁹. Ainda é possível, consoante lição de MITIDIERO, a superação total de precedente após constatação de equívoco de julgamento (*error in iudicando*)²⁰⁰, hipótese que, para MARINONI, o erro “deve ser claro, evidente, de modo a dar à Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’”²⁰¹.

3.2.2.4.2 Superação parcial - *overriding*

A segunda possibilidade de superação do precedente é o chamado *overriding*, que implica “limitação no campo de incidência de um precedente”²⁰², motivo para ser ensinado como uma superação parcial de sua *ratio decidendi*²⁰³. Para MARINONI, o “*overriding* baseia-se na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado”²⁰⁴. Supõe-se que a Corte de vértice teria solucionado o precedente de outra maneira caso tivesse enfrentado essa questão, restringindo a sua aplicação²⁰⁵.

¹⁹⁸ Ao tratar de valores de experiência, MARINONI os classifica como “as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais”

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁹⁹ MARINONI, *op. cit.*

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

²⁰¹ MARINONI, *op. cit.*

²⁰² NUNES; SOARES, *op. cit.*

²⁰³ MITIDIERO, *op. cit.*

²⁰⁴ MARINONI, *op. cit.*

²⁰⁵ MARINONI, *loc. cit.*

3.3 O sistema de precedentes sob a égide do Código de Processo Civil de 2015

O sistema de precedentes judiciais brasileiro foi inequivocamente recepcionado pelos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil de 2015, porém a adesão do direito processual civil brasileiro à teoria do precedente vinculante não veio sem seus lapsos de falta de técnica na sua incorporação, especialmente no art. 927, que determina o dever de observar de alguns pronunciamentos judiciais dos Tribunais Superiores e dos tribunais de segunda instância. Nessa linha, adverte MITIDIERO que o vocábulo “observar”, cujo significado é amplo e não confere um comando direto, deve ser interpretado como um dever de tomar ciência da decisão judicial, interpretá-la, e, se necessário, aplicá-la²⁰⁶, proposta de interpretação adotada por esse trabalho.

Acompanhando as críticas à redação do art. 927, MARINONI assevera ser um rol exemplificativo e desnecessário²⁰⁷, pois são catalogadas apenas algumas espécies de precedentes, junto das súmulas – que não são precedentes, mas sim um método de trabalho cuja finalidade é explicitar um enunciado geral e abstrato consonante com a posição da Corte sobre uma matéria²⁰⁸ – e dos julgamentos de incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, os quais são de competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais e visam “proibir a relitigação de questão decidida”²⁰⁹.

Posição Semelhante é encontrada em ARRUDA ALVIM e DANTAS, que acrescenta crítica acerca da impropriedade da inclusão no art. 927 das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade, tais quais a ação declaratória de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja obrigatoriedade nada tem a ver com o respeito aos precedentes²¹⁰. Ao prever as decisões em sede de controle de constitucionalidade, incorreu o legislador em confusão entre o efeito vinculante do precedente e a eficácia *erga omnes* da decisão

²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

²⁰⁷ MARINONI, *op. cit.*

²⁰⁸ MITIDIERO, *op. cit.*

²⁰⁹ MARINONI, *op. cit.*

²¹⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

do STF nesse exercício de jurisdição, cuja força contra todos é originada do art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, não de sua previsão no Código de Processo Civil²¹¹.

Ainda nas críticas ao art. 927 do CPC/2015, MITIDIERO ressalta a natureza exemplificativa do rol ante a notória ausência do julgamento individual – isto é, fora do rito dos recursos repetitivos – do recurso extraordinário e do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, além dos embargos de divergência, igualmente esquecidos pelo legislador²¹².

3.3.1 O enquadramento dos embargos de divergência enquanto precedente judicial

Para compreender o enquadramento dos embargos de divergência em comparação com os outros precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, há que se ter em mente os julgamentos proferidos por essas cortes em sede de recurso extraordinário e de recurso especial, os quais configuram a outra modalidade de formação de precedente nas Cortes Superiores. O recurso extraordinário e o recurso especial são julgados pelos órgãos fracionários do STF e do STJ, respectivamente, constituindo precedente quando ao menos a maioria do colegiado adere aos mesmos fundamentos para julgar o caso. Contudo, embora seja pacífica a existência da eficácia vertical do precedente originado nas Turmas das Cortes Superiores, vinculando os juízes e os tribunais de segunda instância à interpretação dada ao direito, esse precedente formado pela Turma não é dotado de eficácia horizontal, isto é, não vincula a outra Turma²¹³, circunstância que permite a instalação de uma divergência *interna corporis* no STF ou no STJ, solucionável pela interposição de embargos de divergência.

MARINONI e MITIDIERO reiteram que, em se tratando de um dissídio interpretativo ocasionado pela adoção de “opções valorativas, diretivas interpretativas

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021. *Passim*

²¹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021

²¹³ MARINONI, *op. cit.*

e, muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas”²¹⁴, atribuindo significados divergentes ao direito, à lógica de confronto dos julgamentos dissonantes não pode seguir um método matemático, como se uma decisão estivesse objetivamente certa e a outra objetivamente errada²¹⁵. Afirmam, nesse sentido, que o julgamento dos embargos de divergência deve levar em conta o discurso interpretativo constante no acórdão embargado e no acórdão paradigma, por meio da reconstrução das fundamentações ensejadoras das diferentes interpretações jurídicas e da análise de qual delas encontra maior amparo no ordenamento jurídico. Ademais, MARINONI²¹⁶ afirma que o julgamento dos embargos pelo órgão competente²¹⁷ para tanto indubitavelmente tem eficácia obrigatória perante os órgãos jurisdicionais subordinados dentro da Corte de vértice²¹⁸ e, conseqüentemente, vincula os juízes e os tribunais de segunda instância a seguirem os precedentes emanados das Turmas do STF e do STJ.

Por sua vez, RODRIGUES afirma que o recurso de embargos de divergência, seja pela sua finalidade de promover interpretação unívoca do direito, seja pela origem de seus julgamentos residir nas Cortes de vértice do Poder Judiciário, “irradiam efeitos para além das partes”²¹⁹. Nesta senda, argumenta que o julgamento em embargos de divergência deve servir de parâmetro para os próximos julgamentos tanto da própria Corte Superior julgadora - eficácia horizontal - quanto pelos tribunais de justiça e os tribunais regionais federais - eficácia vertical-, atribuindo-se efeito vinculante equânime a “outras decisões paradigmáticas, a exemplo dos acórdãos provenientes de recursos repetitivos”²²⁰. Seu posicionamento tem fundamentação na incoerência que resultaria de um dever de vincular os juízes e tribunais de segunda instância às interpretações sedimentadas nos julgamentos pelo rito de recursos repetitivos,

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigationis ao jus constitutionis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Idem*. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

²¹⁷ Pleno, no caso de embargos no STF, e Corte Especial ou Seção, no caso do STJ, a depender da origem da divergência suscitada, vide ponto 2.4.

²¹⁸ Turmas, no caso do STF. No caso do STJ, Seções e Turmas, se o julgamento dos embargos competir à Corte Especial, ou apenas as Turmas, se o julgamento for de competência da Seção.

²¹⁹ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência** (O cumprimento da função precípua dos tribunais superiores). 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021. p. 509.

²²⁰ *Ibid.*, p.511

enquanto o julgamento dos embargos, cuja finalidade é fixar interpretação uníssona para o direito, não os vinculariam por não constar no rol de pronunciamentos judiciais a serem observados, em decorrência de “mero cochilo do legislador”²²¹.

Esclarece, ainda, que a *ratio decidendi* formada no julgamento dos embargos de divergência deve ser seguida, primeiramente, pelos órgãos fracionários da Corte Superior, uma vez que seria incoerente a inobservância do entendimento no próprio STF ou no STJ²²². Quanto ao dever dos tribunais de segunda instância de observarem a interpretação fixada no julgamento do recurso uniformizador, aduz se tratar de respeito à função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de interpretar o direito constitucional e federal, respectivamente, a despeito da omissão do legislador no art. 927 do CPC/2015²²³. A conclusão atingida pela autora, ao final, é pelo dever dos juízes e dos tribunais de observarem os precedentes oriundos de acórdãos em embargos de divergência, além daqueles previstos expressamente na legislação processual, com fulcro em uma análise sistêmica, tanto pela origem desse pronunciamento judicial - o órgão de cúpula de uma Corte cuja função é dar sentido uno ao direito - quanto pelo seu conteúdo - interpretação unívoca da questão de direito²²⁴.

Percebe-se, pelo exposto, que os precedentes firmados pelas Turmas do STF no julgamento do recurso extraordinário e pelas Turmas do STJ quando do julgamento do recurso especial, assemelham-se bastante com o precedente oriundo do julgamento em embargos de divergência em ambas as Cortes Superiores, porquanto o julgamento dos três recursos implica em vinculação das demais instâncias jurisdicionais à interpretação sedimentada em seus respectivos julgamentos. Todavia o precedente dos embargos é dotado de uma notória distinção em sua eficácia, uma vez que ele vincula todos os órgãos jurisdicionais internos da Corte de vértice prolatora, enquanto o recurso extraordinário e o recurso especial obrigam internamente apenas o órgão fracionário que o julgou.

²²¹ RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência** (O cumprimento da função precípua dos tribunais superiores). 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021, p. 511-512.

²²² RODRIGUES, *loc. cit.*

²²³ *Ibid*, p. 513.

²²⁴ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 514-516.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo, verifica-se que o recurso de embargos de divergência evoluiu ao longo de décadas, adaptando-se às transformações do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a inequívoca incorporação dos precedentes judiciais na realidade das Cortes Superiores, metamorfose essa promovida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Viu-se que os embargos de divergência só podem ser interpostos nas Cortes Superiores e almejam a univocidade na interpretação do direito, mediante o confronto de acórdãos dos quais se extraem precedentes judiciais divergentes. Constatou-se a eminente relevância desse propósito, haja vista ser possível a persistência de interesse no julgamento dos embargos mesmo quando a parte recorrente apresentar pedido de desistência. Também se verificou a possibilidade de sanar vícios formais do recurso, permitindo o julgamento do mérito de uma questão de direito imbuída em interesse público, não obstante eventual vício de forma em sua interposição, contanto que se ressalve o necessário preenchimento do requisito da tempestividade recursal.

Similarmente, apresentou-se as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, destacando-se o refinamento da previsão legal, a qual agora consagra a possibilidade de interposição do recurso contra “órgão fracionário”, mudança cuja eficácia pouco atinge o Supremo Tribunal Federal, mas carrega grande importância para o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que este dispõe de órgãos fracionários na forma de Turmas e de Seções. Além dessa modificação, analisou-se de maneira não exauriente a inovação legislativa contida na indicação de acórdão proferido pelo próprio órgão fracionário prolator do acórdão embargado, porém cuja composição sofreu alteração em mais da metade de seus magistrados componentes, tópico envolto em alterações dignas de um estudo próprio.

Discorreu-se sobre a possibilidade de impugnar interpretações divergentes acerca de direito material ou processual por meio do recurso uniformizador, assim como as controvérsias a respeito das impugnações centradas na divergência interpretativa concernente ao juízo de admissibilidade. De maneira análoga ao tópico da alteração da composição de órgão fracionário, foi limitado o cotejo do item concernente à recorribilidade, via embargos de divergência, das questões de direito

referentes ao juízo de admissibilidade, tendo em vista o escopo da presente monografia e a densidade deste assunto específico, cuja análise exauriente exige um ensaio dedicado a tal problemática.

Abordou-se os contornos da similitude fática exigida para caracterizar a divergência interpretativa sobre a mesma questão de direito diante de casos símiles, destacando-se a adoção da identidade substancial para fins de interposição do recurso uniformizador. Visando aprofundar esse tópico, tratou-se das repercussões desse requisito para as questões de direito processual, nas quais a semelhança dos contextos fáticos é sopesada pela doutrina, pois a legislação processual interpretada em casos com distintas molduras fáticas é a mesma, consignando-se a existência de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça acerca do requisito da identidade fática para fins de apreciação das questões de direito processual. Igualmente a outros tópicos pesquisados para este trabalho, a investigação plena da questão da similitude fática no contexto do dissenso interpretativo referente ao direito processual encontrou óbice no recorte objetivo desta monografia, haja vista a profundidade da contenda doutrinária e jurisprudencial do tópico, a qual é digna uma exposição dedicada a este assunto particular.

Concomitantemente, se fez o estudo da recepção inequívoca dos precedentes judiciais obrigatórios pelo Código de Processo Civil de 2015, em consonância com as disposições normativas e as proposições doutrinárias analisadas. Foi realizada brevemente a distinção entre tradição jurídica do *Civil Law*, que radicou o ordenamento jurídico brasileiro e se baseia no império da lei, e do *Common Law*, onde o precedente judicial foi moldado pelo desenvolvimento histórico até o advento do *stare decisis*, também conhecido como o precedente com eficácia vinculante.

Discorreu-se sobre a própria evolução do precedente obrigatório, desde a sua instituição, quando possuía vinculação absoluta e não permitia o abandono de precedentes pela Corte prolatora, até a sua forma atual, a qual permite a superação de desgastadas interpretações do direito. Também foi explicada a formação do precedente, pela extração da *ratio decidendi* do pronunciamento judicial paradigmático, bem como onde buscar essa razão de decidir e testes conhecidos pela doutrina para ajudar a encontrar a *ratio decidendi* e separá-la da *obiter dicta*. Ademais, discorreu-se sobre a aplicação do precedente, a distinção, que afasta o precedente

sem incorrer na sua superação, e as suas formas de superação total, utilizada quando houve desgaste suficiente para justificar o abandono da *ratio decidendi*, e superação parcial do precedente, quando a Corte revisa as razões de decidir e limita sua abrangência.

Posteriormente, analisou-se o sistema de precedentes do Código de Processo Civil, com ênfase para as controvérsias envoltas no rol apresentado pelo art. 927 da legislação, o qual reúne pronunciamentos judiciais sem relação com os precedentes, sendo eles: os julgamentos em controle de constitucionalidade; as súmulas vinculantes; as súmulas de jurisprudência; os incidentes de assunção de competência; e os incidentes de resolução de demandas repetitivas. Por outro lado, são mencionadas no rol apenas algumas espécies de precedentes, na forma do recurso extraordinário e do recurso especial julgados sob o rito dos recursos repetitivos. Destacam-se, nesse ponto, as críticas a respeito da ausência do recurso extraordinário e do recurso especial julgados individualmente, além dos próprios embargos de divergência, no rol apresentado, motivando a sua classificação doutrinária como exemplificativa e, até mesmo, desnecessária.

Por fim, coteja-se do enquadramento dos embargos de divergência enquanto precedente judicial, comparando a sua eficácia enquanto tal com os precedentes originados do recurso extraordinário e do recurso especial. Constata-se que todos os precedentes formados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça vinculam os juízes e os tribunais de segunda instância à interpretação do direito extraída da *ratio decidendi*, irradiando eficácia vertical. No caso dos embargos de divergência, essa vinculação dos juízes de primeira instância e de outros tribunais ao precedente ocorre tanto pela origem do pronunciamento, ou seja, de uma das Cortes Superiores incumbidas de interpretar o direito, quanto pelo conteúdo do julgamento, o qual visa promover uma interpretação unívoca da questão de direito impugnada.

Por outro lado, verifica-se a existência de distinção entre os precedentes extraídos do julgamento em embargos de divergência e em recursos extraordinário e especial, no que se refere a sua eficácia dentro da própria Corte de vértice, efeito esse denominado doutrinariamente como eficácia horizontal. Constata-se que o precedente firmado em recurso extraordinário apenas vincula a Turma do STF que o julgou.

Situação semelhante ocorre com as Turmas do STJ, as quais fixam a interpretação do direito federal infraconstitucional no julgamento de recurso especial.

O precedente extraído do acórdão em embargos de divergência, por sua vez, é dotado de efeito vinculante horizontal sobre todos os órgãos fracionários subordinados ao órgão jurisdicional competente para julgar o recurso uniformizador nas Cortes Superiores. Outrossim, a interpretação dada ao direito pelo Pleno do STF quando da apreciação dos embargos de divergência vincula as duas Turmas da Suprema Corte.

No caso do STJ, as razões emitidas no julgamento dos embargos pela Corte Especial - quando for desta a competência - vincula horizontalmente todas as Seções e Turmas deste Tribunal Superior, enquanto a interpretação dada ao direito pela Seção - em se tratando de divergência contida na competência desse órgão - irradia eficácia horizontal apenas para as Turmas sujeitas à sua subordinação.

Portanto, verifica-se que o precedente emanado do acórdão em embargos de divergência é dotado de superior relevância em comparação com os outros precedentes formados pelas Cortes Superiores, eis que possui tanto a obrigatoriedade vertical, vinculando os juízes e tribunais de segunda instância a seguirem sua interpretação, quanto a obrigatoriedade horizontal, vinculando os órgãos fracionários do próprio STF ou do STJ ao precedente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; Ferreira, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611416/first>>. Acesso em 26 mar. 2021.

ARAÚJO, Luciano Vianna. O recurso de embargos de divergência. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**: v. 15. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book* Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5041-5/first>>. Acesso em 19/03/2021.

CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça traçado pelo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 272, p.271-296, out. 2017. Disponível em <<https://revistadostribunais.com.br> >. Acesso em 26 mar. 2021.

CHARAN, André Luís. **Os precedentes obrigatórios no direito processual civil brasileiro**: uma necessidade. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 63, 17 p., dez. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85587>> Acesso em 16 mar. 2021.

DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais, v. 3. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 190, p. 9-36, dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do jus litigationis ao jus constitutionis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Ebook*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p. *E-book*. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Ebook*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>> Acesso em: 10 abr. 2021.

NETO, Luiz Ferrari. As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v.252, p. 341-370, fev. 2016. Disponível em <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

NUNES, Karin Andressa Lisboa; SOARES, Kayro Ycaro Alencar. Os precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Direito brasileiro. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDFT**, Brasília, v. 109, n. 1, p. 53-63, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/121852>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

RODRIGUES, Luiza Silva. **Embargos de Divergência: o cumprimento da função precípua dos tribunais superiores**. 2017. 597 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 21 fev. 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/178319>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TESOLIN, Fabiano da Rosa. **Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos de divergência nos tribunais superiores**. 2019. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142310>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

TESOLIN, Fabiano. A função dos embargos de divergência no sistema de precedentes do CPC/2015. *In: Vários Coordenadores. Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: Controvérsias do direito processual nos últimos 5 anos do CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 25 mar. 2021.