

PECULIARIDADES ATINENTES AOS EMBARGOS INFRINGENTES

ANDREA SIROTSKY GERSHENSON

Mestranda em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Contratual pelo COGEAE (PUC-SP) e graduada em Direito pela PUC-RS. Advogada.

Área do Direito: Processo Civil

PALAVRAS CHAVE: Direito Processual Civil - Embargos Infringentes – Peculiaridades - Projeto Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: Introdução - I. Contextualização histórica do instituto – II. Os embargos infringentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010) – III. Discussões acerca do cabimento do recurso na atual redação do art. 530 do CPC – Conclusão – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise do instituto dos embargos infringentes, a sua contextualização histórica e alterações de hipóteses de cabimento, tendo em vista as reformas ocorridas no texto do Código de Processo Civil Brasileiro.

Também serão abordados posicionamentos de alguns processualistas quanto à necessidade ou não de permanência do instituto no Projeto do Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010) e a atual redação do Projeto no que se refere a tal recurso.

Por fim, será realizada a análise de discussões acerca das hipóteses de cabimento do aludido recurso no contexto do vigente Código de Processo Civil, cotejando-se o entendimento de renomados processualistas sobre cada situação, com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

I. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

Os embargos infringentes consistem em recurso de origem Portuguesa. Em 1939 foram suprimidos do Código de Processo Português e não retornaram nas alterações posteriores, tornando-se peculiaridade brasileira¹. É previsto no ordenamento jurídico pátrio desde o Regulamento 737, de 25.11.1850 (consolidação das leis processuais brasileiras). Sua finalidade é corrigir a insegurança, ou a incerteza, decorrentes da falta de unanimidade, não só no julgamento da apelação, como também de ação rescisória.

O instituto sempre foi objeto de inúmeras críticas, inclusive quanto à sua manutenção no ordenamento processual brasileiro, bem como de discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca de suas hipóteses de cabimento. Isso porque, ao mesmo tempo em que pode proporcionar um aperfeiçoamento no julgamento proferido pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, de outro lado, pode ser utilizado com objetivos protelatórios pelo sucumbente.

Antes mesmo do advento do CPC de 1973 já encontrávamos quem defendesse a extinção dos embargos infringentes, como a Professora Ada Pellegrini Grinover² e Carlos Alberto Carmona³. O fundamento da irrisignação de tais processualistas com a permanência do instituto no CPC de 1973 era a de que representaria uma espécie de prolongamento do juízo recursal, um “*bis in idem*”, na medida em que o vencido tem a oportunidade de impugnar duas vezes a mesma sentença, no mesmo grau de jurisdição, apenas porque existe um voto divergente. Há

¹ ASSIS, Araken de, **Manual dos recursos**, p.559.

² GRINOVER, Ada Pelegrini, **Direito processual civil**, p. 126

³ CARMONA, Carlos Alberto, **Embargos infringentes**, p. 20.

que defenda, ainda, que aludido recurso serviria à procrastinação da tutela jurisdicional e que seria uma figura sem equivalente no direito processual comparado.

Por outro lado, Athos Gusmão Carneiro⁴ e Barbosa Moreira⁵, ambos magistrados de segundo grau por bastante tempo, convergem na opinião de que o referido recurso ainda é útil para polir o entendimento do Tribunal acerca de determinada matéria. Por isso que Barbosa Moreira passou a defender a sua extinção somente em algumas hipóteses, tais como a de julgamento preliminar, de apelação interposta de sentença terminativa e de confirmação de sentença que extingue o feito com resolução do mérito, por maioria de votos, pelo órgão colegiado.

Pontes de Miranda já salientava que os melhores julgamentos e as melhores discussões ocorriam nas câmaras de embargos.⁶

A análise do instituto, realizada por Flávio Cheim Jorge⁷, concluiu pela utilidade e conseqüente permanência dos embargos infringentes no ordenamento processual brasileiro, sob o fundamento de que confere maior segurança jurídica às decisões dos tribunais. Acredita que, na prática, na maioria dos julgamentos colegiados, o voto do relator é acompanhado pelos demais integrantes da turma julgadora e ressalta a importância da realização de um novo julgamento quando existir alguma divergência, de forma que a questão seja devidamente esclarecida.

Alfredo Buzaid já não contemplou os embargos infringentes no rol de recursos na proposta original do CPC de 1973, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas 'causas de alçada'⁸. Ainda assim, tal recurso foi incluído na

⁴ CARNEIRO, **Embargos infringentes. Art. 530 do CPC –STJ. Súmula 207. Lei nova e admissibilidade de recursos**, p. 318

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p.516.

⁶ MARQUES, José Frederico , **Instituições**, v. 4, p. 216, *apud* ALVIM, Eduardo de Arruda, **Direito processual civil**, p. 872.

⁷ JORGE, Flávio Cheim, **Embargos infringentes: uma visão atual**, p. 264.

⁸ Item 35 da exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

redação final do Código de Processo Civil atualmente vigente (em sua exposição de motivos, nada foi dito acerca de tal alteração de entendimento)⁹.

Em 2001 sobreveio a Lei 10.352, denominada “reforma da reforma” a qual, acolhendo as sugestões de Barbosa Moreira, não obstante tenha mantido os embargos infringentes, reduziu-lhes as hipóteses de cabimento. Segundo a exposição de motivos da referida Lei, a alteração no dispositivo teve por escopo restringir o cabimento dos embargos infringentes unicamente às questões que tratam do *mérito causae*, excluindo as questões processuais¹⁰.

Pela atual redação do art. 530 do CPC, têm-se como requisitos para o cabimento dos embargos infringentes: i) tratar de acórdão de apelação ou ação rescisória (em alguns casos especiais, admitem-se embargos de outras espécies de acórdão); ii) haver voto divergente de um dos julgadores do acórdão (acórdão não unânime) e; iii) ausência de dupla conformidade entre a sentença e o acórdãos (no caso de ação rescisória, exige-se que a sentença seja de procedência).

II. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 166/2010)

O Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010), acolhendo os anseios de parte da comunidade jurídica, aboliu a figura processual do recurso dos embargos infringentes, em nome da celeridade processual.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 518-519.

¹⁰ Na mensagem do Executivo que acompanhou o respectivo projeto, restou consignado (reprodução extraída de Fernando Ferraz Monte Bochio, A interpretação dos ‘novos’ embargos infringentes interpostos de julgamento de apelação, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 247-248): “No alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (...)”

Por outro lado, zelando pela segurança jurídica, o relator terá o dever de declarar seu voto vencido, que fará parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento.¹¹

Ainda não há uma posição definitiva sobre a supressão do aludido recurso. Recentemente¹², por meio de nova alteração do Projeto, não obstante se tenha mantido a supressão daquela espécie recursal, criou-se uma nova técnica de julgamento para os casos de acórdão não-unânime proferidos em apelação, agravo de instrumento e ação rescisória, mediante o qual, na hipótese de existência de divergência, o julgamento não se conclui, prosseguindo na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão.

A justificativa para tal alteração é a simplificação do procedimento, pois não haverá a necessidade de a parte interpor o recurso, serem apresentadas contrarrazões, bem como discussão sobre o cabimento do recurso. Havendo voto divergente, o processo prossegue, com o aumento do quórum de julgadores.

Interessante é a posição de José Augusto Garcia de Souza ao defender a permanência dos embargos infringentes no ordenamento processual brasileiro.

Sustenta que, se o argumento principal para a sua extinção funda-se na necessária celeridade do processo, a qual foi transformada em direito fundamental expresso a partir da Emenda Constitucional nº 45/04 (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), que então a sua extinção em nada vai melhorar a chamada “morosidade processual”, na medida em que, em termos numéricos, tal espécie de recurso é insignificante, ressaltando, ainda, que: *“Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânicos.*

¹¹ “Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes. Há muito, doutrina de melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos. Em contrapartida a extinção, o relator terá o dever de declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento” (Exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010).

¹² Última consulta realizada em 05 de novembro de 2012.

*Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana”*¹³.

Como traço positivo dos embargos infringentes, salienta o referido Autor a sua função pacificadora de conflitos jurisprudenciais e o respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição (art. 5º, *caput*), enfatizando que “*sem eles, graves incertezas judiciais não conseguiriam ser atacadas e suprimidas, ao menos no que concerne às vias ordinárias (sendo certo que as vias excepcionais estão cada vez mais inacessíveis). Em suma, situações raras e especiais de insegurança demandam um recurso igualmente raro e especial, os embargos infringentes. É um mecanismo imprescindível à afirmação da “cidadania processual”*”¹⁴.

III. DISCUSSÕES ACERCA DO CABIMENTO DO RECURSO NA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 530 DO CPC

Conforme acima exposto, quando da reforma processual de 2001, ocorrida por meio da Lei 10.352, denominada “reforma da reforma”, manteve-se o recurso de embargos infringentes, contudo, foram reduzidas as hipóteses de cabimento unicamente às questões que tratam do *mérito causae*, excluindo-se as questões processuais.

Dentre os novos requisitos de admissibilidade foi reintroduzido o critério da ausência de dupla conformidade (antes previsto no CPC de 1939), limitado o

¹³ SOUZA, José Augusto Garcia de, Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual, Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2011_Dir_Publico_Garcia_Souza_Def_Embargos_Infringentes.pdf>. Acesso em 01.11.2012.

¹⁴ SOUZA, José Augusto Garcia de, Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual, Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2011_Dir_Publico_Garcia_Souza_Def_Embargos_Infringentes.pdf>. Acesso em 01.11.2012.

cabimento a acórdãos de apelação cuja divergência diga respeito ao mérito e não à questões processuais. Ainda, para o caso de ação rescisória, a interposição ficou restrita a acórdãos não unânimes de procedência da ação.

No tocante à exigência de que o acórdão não unânime seja proferido em apelação, parece claro que a vontade do legislador foi a de limitar a interposição dos embargos infringentes, dentre o rol de todos os recursos ordinários, apenas às decisões oriundas dos julgamentos de apelações. Todavia, existem acórdãos proferidos em outros recursos (agravo interno, agravo retido, agravo de instrumento, reexame necessário e embargos de declaração) que, por razões que lhe são peculiares, também podem ser impugnáveis via aquele recurso.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de que o voto divergente seja no mesmo sentido da sentença para viabilizar o cabimento dos embargos infringentes, uma vez que não existe exigência nesse sentido no texto legal (Resp 748.728/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 14.06.2005).

Quanto à extensão da divergência, ressalta-se que a não-unanimidade perquirida refere-se à conclusão do voto dos julgadores e não à sua fundamentação.

As alterações havidas no Código de Processo Civil em 2001 contribuíram para a ausência da sedimentação de jurisprudência a respeito da interpretação do instituto dos embargos infringentes, daí porque, abaixo, dissertar-se-á sobre algumas discussões acerca do cabimento do aludido recurso.

III.a. Acórdão de apelação não unânime que anula sentença de mérito ou extingue a ação

Para os casos de extinção da ação sem resolução do mérito ou de anulação de sentença por acórdão, não caberão embargos infringentes, tendo em vista que, no primeiro caso, não haverá sentença de mérito a ser reformada e, no segundo,

ocorrerá a invalidação da sentença de mérito e não sua reforma, ao contrário do que exige a redação do art. 530 do CPC. Na hipótese de que fossem admitidos embargos infringentes em tais casos, estes versariam sobre questões processuais e não de mérito, justamente o que o referido dispositivo legal pretendeu vedar (Barbosa Moreira¹⁵, Humberto Theodoro Junior¹⁶, Nelson Nery Junior¹⁷).

Em sentido contrário opinam Sérgio Shimura¹⁸ e João Batista Lopes¹⁹, para quem, em caso de sentença de mérito reformada, em grau de apelação, por acórdão de extinção da ação (acolhimento de preliminar de ilegitimidade passiva, por exemplo), mesmo que a divergência diga respeito à questão processual, caberia à oposição de Embargos infringentes, porque teria sido cumprido o requisito da reforma de “sentença de mérito”, estabelecido pelo art. 530 do CPC.

A esse respeito, Arruda Alvim²⁰ entende que, quando a sentença de mérito é cassada por acórdão que extingue o feito sem resolução do mérito, ocorre a reforma da decisão de primeiro grau, muito embora não sejam cabíveis Embargos infringentes, porque segundo o art. 530 do CPC, apenas divergência no mérito e não questões processuais ensejam a interposição de tal recurso.

A orientação do STJ é no sentido de que somente se poderá falar em reforma quando o acórdão da Apelação extinguir o feito com julgamento do mérito e em substituição da sentença (Resp. 627.927/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.06.2004). Isso porque, em casos de anulação da sentença ou de extinção da ação sem resolução do mérito, **o acórdão tem função rescindente** (invalidação da

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Novas vicissitudes*, p. 185

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, *Da redução da área de cabimento dos embargos infringentes e da ampliação do efeito devolutivo da apelação*, p. 9

¹⁷ NERY JUNIOR E NERY, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 896.

¹⁸ SHIMURA, Sérgio, *Os embargos infringentes e seu novo perfil*, p.503.

¹⁹ LOPES, João Batista, *Alterações no cpc – Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02 – Anotações sobre a reforma do CPC (segunda fase)*, p. 139.

²⁰ ALVIM, José Manoel de Arruda (Netto), *Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001*, p. 75.

sentença) e não substitutiva. Somente quando provida a Apelação para corrigir *error in iudicando* é que ter-se-á reforma de sentença de mérito.

III.b. Acórdão de apelação não unânime que julga o mérito da ação, com fundamento no art. 515, parágrafo 3º, do CPC

A inclusão do parágrafo 3º no art. 515 do CPC trouxe a possibilidade de, em grau de Apelação, reformar-se a sentença terminativa e julgar-se desde logo procedente o mérito da causa, por maioria de votos, por exemplo. Nessa hipótese, questiona-se sobre a possibilidade de interposição de embargos infringentes.

Na referida hipótese, tem-se que o requisito disposto no art. 530 do CPC, de ter de se tratar de acórdão de mérito, terá sido cumprido. A dúvida surge em relação a dupla conformidade, a qual não poderá ser verificada, diante da inexistência de decisão de mérito proferida em primeira instância passível de ser cotejada com o acórdão da apelação.

Arruda Alvim²¹ rejeita o cabimento de embargos infringentes contra acórdão de apelação que julga o mérito da ação, com fulcro no art. 515, parágrafo 3º, do CPC, sob a justificativa de que não houve sentença de mérito passível de ser comparada com o acórdão do Tribunal, razão pela qual faltaria o requisito da dupla conformidade.

Cândido Rangel Dinamarco²² defende o cabimento dos embargos infringentes nesses casos, justificando a necessidade de existir coerência com o sistema e a garantia do devido processo legal. O Superior Tribunal de Justiça compartilha de tal entendimento, no sentido **de que a restrição ao cabimento dos embargos infringentes deveria ter repousado no acórdão da apelação que julga o**

²¹ ALVIM, José Manoel de Arruda (Netto), **Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001**, p. 83

²² DINAMARCO, Cândido Rangel, **A reforma da reforma**, p. 204

mérito da ação e não na sentença de mérito (Resp 503.073/MG, Min. Sálvio Figueiredo Teixeira).

III.c. Acórdão de mérito procedente proferido em ação rescisória passível de embargos infringentes

Somente acórdãos que julgam procedente a demanda rescisória é que são passíveis de embargos infringentes. Ou seja, existindo conformidade entre a decisão rescindenda e o acórdão do tribunal que julgou extinto ou improcedente o pedido de rescisão, tal recurso não será cabível.

Para Barbosa Moreira²³ divergências presente em acórdão quanto ao juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, da ação rescisória, jamais serão passíveis de interposição de embargos infringentes, porque faltará o requisito da necessidade de se tratar de “sentença de procedência”, estabelecido no art. 530 do CPC.

Quanto ao mérito da ação rescisória, este se divide em *iudicium rescindens* (se pleiteia a desconstituição da decisão judicial de mérito, que fez coisa julgada material) e o *iudicium rescissorium* (reexame de mérito da demanda rescindida). A cumulação de ambos pedidos não é obrigatória, razão pela qual em alguns casos é formulado apenas o pedido de rescisão (art. 485, IV, do CPC – violação da coisa julgada). Há outras hipóteses, todavia, em que são realizados ambos pedidos (de rescisão e rescisório) e, após a rescisão, é necessário a remessa da causa ao Juízo de origem para que seja proferida nova decisão quanto ao mérito (art. 485, II, do CPC – sentença prolatada por juiz absolutamente impedido ou incapaz).

Para Barbosa Moreira²⁴, nos casos de ação rescisória em que se pleitear apenas a rescisão do julgado de mérito (art. 485, IV, do CPC) e o Tribunal

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Novas vicissitudes**, p.188.

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Novas vicissitudes**, p.188.

julgar o pedido procedente por maioria de votos, tem-se como preenchidos os requisitos do art. 530 do CPC para a viabilização da interposição de embargos infringentes. O mesmo Autor entende que ambos juízos, *rescindends* e *rescissorium*, constituem o mérito da ação rescisória e, portanto, podem ensejar a interposição de embargos infringentes, desde que preenchidos os requisitos do art. 530 do CPC, ou seja, procedência do pedido por acórdão não-unânime.

Alguns processualistas, como Sérgio Shimura²⁵, discordam de tal posicionamento, aduzindo que não são cabíveis embargos infringentes se o *iudicium rescindens* foi julgado procedente por maioria de votos e o *iudicium rescissorium* foi julgado procedente à unanimidade, ao fundamento de que a procedência final do pedido rescisório se deu sem divergência.

III.d. Acórdão prolatado em agravo interno em apelação ou ação rescisória

É claro que a decisão monocrática proferida pelo Relator, com fulcro no art. 557, parágrafo do CPC, não dá ensejo à interposição de embargos infringentes, tendo em vista a ausência de decisão colegiada, proferida por maioria de votos. Contudo, o parágrafo primeiro daquele dispositivo legal permite a interposição de agravo interno daquela decisão, o que possibilita o julgamento colegiado e de mérito da própria apelação.

Assim, na hipótese de ser dado provimento ao agravo interno em apelação, por meio de acórdão não unânime, que reforme a decisão de origem, estão satisfeitos os requisitos legais do art. 530 do CPC para a interposição de embargos infringentes. **O que importa, portanto, é o conteúdo do acórdão prolatado, o qual deverá julgar o mérito da ação, por maioria de votos, reformando a sentença.**

²⁵ SHIMURA, Sérgio, **Os embargos infringentes e seu novo perfil**, p. 508.

Vale lembrar que no tocante à rescisória não tem aplicação o art. 557 do CPC, uma vez que tal ação não é recurso e com ele não se confunde. Entretanto, o art. 490 do CPC possibilita o indeferimento da inicial da rescisória. Na hipótese de o Tribunal dar provimento a agravo interno interposto dessa decisão e julgar a ação procedente por maioria de votos, tem-se que serão cabíveis os embargos infringentes, se preenchidos os demais requisitos do art. 530 do CPC.

III.e. Acórdãos de embargos de declaração

Diante dos chamados efeitos infringentes dos embargos de declaração é possível que exista a modificação do conteúdo da decisão embargada. Uma vez preenchidos os requisitos do art. 530 do CPC e considerando o pacífico entendimento da doutrina e jurisprudência, no sentido de que a decisão dos embargos de declaração integra a decisão embargada, tem-se como cabível a interposição de embargos infringentes nessa hipótese.

III.f. Acórdãos de agravo de instrumento e de agravo retido

Após a última alteração do art. 530 do CPC (Lei 10.352/2001), partindo-se de uma interpretação sistemática do referido dispositivo legal, só devem ser admitidos embargos infringentes de acórdãos de agravos retidos ou de instrumento, não unânimes, que julguem o mérito da ação (art. 269, IV, do CPC) e não confirmem a sentença. Logo, serão cabíveis embargos infringentes quando se estiver diante de acórdãos de mérito não-unânimes, proferidos em agravo de instrumento ou retido, que tenham decidido questão atinente à prescrição ou à decadência ou, ainda, quando a propósito de falsa “condição da ação” se decidir o mérito da própria ação.

Araken de Assis afirma que o entendimento pela admissão do recurso em tais casos endossa as raízes históricas do Instituto²⁶. Sobre a questão, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que são admissíveis os

²⁶ ASSIS, Araken, **Manual dos recursos**, p. 569

embargos infringentes “não só contra acórdãos proferidos em julgamentos de apelação, mas, também quando acórdãos com conteúdo de sentença de mérito são proferidos no julgamento de agravo de instrumento”²⁷.

Entretanto, outros doutrinadores²⁸ entendem pelo cabimento de embargos infringentes apenas de acórdão de agravo retido e não de agravo de instrumento, em atenção à redação literal do art. 530 do CPC, que dispõe ser cabível aquele recurso contra acórdãos proferidos em grau de apelação e ação rescisória e, ainda, tendo em vista o Enunciado da Súmula 255 do STJ, que dispõe que “cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

Saliente-se que o fato de o agravo retido ser julgado simultaneamente à apelação não retira a individualidade de ambos os recursos, de forma que os embargos infringentes poderão ser interpostos tanto do acórdão do agravo como da apelação.

III.g. Acórdãos proferidos em processo de execução, cumprimento de sentença e respectivos incidentes

Acórdão não-unânime que extingue a execução em grau de apelação não enseja a interposição de embargos infringentes, tendo em vista que no feito executivo não há a apreciação da tutela jurisdicional de direito material pleiteada, e sim somente a satisfação daquela.

Entretanto, o mesmo não ocorre nos processos incidentes à execução, em que há possibilidade de julgamento do mérito da ação, como ocorre com os

²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Recursos e ações autônomas de impugnação**, p. 184

²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto, **Da redução da área de cabimento dos embargos infringentes e da ampliação do efeito devolutivo da apelação**, p.15; FERREIRA, William Santos, **Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil**, p. 170.

embargos do devedor e embargos de terceiro. Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos do art. 530 do CPC, tem-se como cabível a interposição de embargos infringentes de acórdãos originados em tais ações incidentais.

Segundo Paula Botelho²⁹, uma vez que no procedimento de cumprimento de sentença não há julgamento do mérito da ação e a defesa do executado é realizada por meio de um incidente de impugnação, e não ação de conhecimento, não seriam cabíveis a interposição de embargos infringentes naquela hipótese.

Com todo respeito, quer parecer que tal posicionamento não reflete o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que são cabíveis embargos infringentes de acórdão não unânime de agravo de instrumento quando há reforma de decisão de mérito. Na ocasião, fundamentou-se que “*Não é a natureza do recurso, mas o conteúdo da matéria decidida, que define o cabimento dos embargos infringentes, conferindo-se interpretação extensiva ao art. 530 do CPC*” (REsp 1298081/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 03/08/2012).

III.h. Acórdão em processo cautelar

A maior parte da doutrina³⁰ sustenta que há mérito na ação cautelar, o qual se consubstancia no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Portanto, a sentença cautelar, com fundamento no art. 269 do CPC, é sentença de mérito e cumpre os requisitos do art. 530 do CPC, não havendo razão para que seja excluída a hipótese de interposição de embargos infringentes.

²⁹ SOARES, Paula Botelho, **Os novos problemas dos embargos infringentes após a Lei 10.352/2001**, p. 120.

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista, **Do processo cautelar**, p. 181; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **O processo cautelar**, p. 238.

III.i. Acórdão em Mandado de Segurança

Na vigência da Lei 1.533/51 alguns processualistas, como Eduardo Arruda Alvim³¹, defendiam o cabimento dos embargos infringentes de acórdãos não unânimes prolatados em apelação de mandado de segurança, fundamentando que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente aos procedimentos regulados por leis especiais. Não obstante, o entendimento que ficou pacificado junto ao STF e STJ por meio das Súmulas 597 e 169, respectivamente, foi o de sentido contrário, de que acórdãos prolatados em mandado de segurança não comportam a interposição do aludido recurso.

O entendimento prevalecente fundamenta que a Lei 1.533/51 foi exaustiva ao disciplinar os recursos cabíveis na hipótese, não fazendo qualquer referência aos embargos infringentes.

Após a prolação da Lei 12.061/2009 tal discussão perdeu a razão de ser, na medida em que o art. 25 do referido diploma legal expressamente consignou não ser cabível a interposição de embargos infringentes em mandado de segurança, vedando, também, a condenação ao pagamento de verba honorária.

III.j. Acórdãos oriundos de julgamentos de remessa necessária

À remessa necessária não se pode atribuir natureza recursal, diante da ausência de alguns requisitos que informam a Teoria Geral dos Recursos, como a voluntariedade, dialeticidade, dentre outros. Os tribunais vinham admitindo a interposição de embargos infringentes na hipótese, concedendo uma interpretação mais ampla do art. 530 do CPC. Entretanto, o STJ pacificou a questão ao editar a Súmula 390, decidindo que nas decisões por maioria, em reexame necessário, não são admitidos embargos infringentes.

³¹ ALVIM, Eduardo Arruda, **Direito processual civil**, p.873.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que não é cabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido em sede de remessa *ex officio*, tendo em vista que o duplo grau de jurisdição obrigatório tem o seu estatuto processual próprio, distinto do recurso voluntário de apelação e não devem ser, portanto, aplicadas normas referentes à apelação ao reexame necessário, devendo-se interpretar restritivamente o art. 530 do CPC (com a nova redação que lhe conferiu a Lei n.º 10.352/2001), de modo a restringir o seu cabimento à impugnação de acórdãos proferidos em apelação ou ação rescisória (REsp 925.084/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 26/10/2009).

Araken de Assis³² objetiva a questão de forma contrária: “Existem duas espécies de apelação no direito pátrio: a voluntária (art. 513) e oficial (art. 475). E os embargos são admissíveis no julgamento majoritário da ‘apelação’, abrangendo todas as modalidades”.

O Professor Eduardo Arruda Alvim³³ defende o cabimento dos embargos infringentes em caso de remessa necessária de sentença proferida contra a União, ainda que não tenha havido apelação voluntária, desde que tenha ocorrido a reforma da sentença em votação não unânime. Isso porque, ao concluir pelo não cabimento dos embargos em favor do particular, acabar-se-á concluindo, também, que teria sido mais favorável à União que não apelasse, o que evidentemente é um paradoxo, exatamente porque não resulta da melhor interpretação das normas processuais.

III.k. Acórdãos proferidos em Processo Falimentar, Recuperação Judicial e Extrajudicial

Em 09.02.2005 sobreveio a Lei 11.101, que entrou em vigor a partir de 9 de junho daquele ano, revogando o Decreto 7.661/1945 e regulando o processo de

³² ASSIS, Araken de, **Manual dos recursos**, p 134.

³³ ALVIM, Eduardo Arruda, **Direito processual civil**, p.876.

falência, recuperação judicial e extrajudicial. A referida lei dispôs que a Apelação é o recurso a ser interposto para impugnar alguns tipos de sentenças lá proferidas³⁴. Tendo em vista que ainda está vigente a Súmula 88 do STJ, que estabelece “são admissíveis embargos infringentes em processo falimentar”, nesses casos, tem-se que não haverá dúvidas acerca do cabimento dos embargos infringentes, conquanto preenchidos os demais requisitos do art. 530 do CPC.

Entretanto, na hipótese de ser proferido acórdão não unânime, decorrente de agravo de instrumento interposto em tais ações³⁵, o Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que são cabíveis os embargos infringentes (preenchidos os demais requisitos do art. 530 do CPC), aplicando uma interpretação extensiva ao art. 530 do CPC, para abranger, também, as hipóteses de acórdão proferido em agravo de instrumento em que se decide o mérito da demanda. Nesse sentido, confira-se o acórdão abaixo ementado:

“RECURSO ESPECIAL - FALÊNCIA - ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO ACERCA DO MÉRITO DA DEMANDA - EMBARGOS INFRINGENTES - OPOSIÇÃO - NECESSIDADE, PARA FINS DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 530 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COMBINADO COM O TEOR DO ENUNCIADO N. 207 DA SÚMULA/STJ - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INCIDÊNCIA ANALÓGICA DO ENUNCIADO N. 255/STJ - PRELIMINAR ACOLHIDA - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - É o conteúdo da matéria decidida que define o cabimento dos embargos infringentes, e não o nome atribuído ao recurso pela lei;

II - Embora o art. 530 do Código de Processo Civil se refira exclusivamente aos acórdãos proferidos em apelação ou em ação

³⁴ Arts. 90, 100, 135, parágrafo único, 154, parágrafos 5º e 6º da Lei 11.101/2005, por exemplo.

³⁵ Art. 59, parágrafo segundo da Lei 11.101/2005, por exemplo.

rescisória, mormente após a reforma do Código de Processo Civil ocorrida com o advento da Lei n. 10.352/2001, admite-se a interpretação extensiva do referido dispositivo legal, para abranger também as hipóteses de acórdão proferido em agravo de instrumento em que é decidido o mérito da demanda;

III - In casu, tendo o acórdão proferido em sede de agravo de instrumento decidido o mérito da demanda, cabível a oposição de embargos infringentes, como condição de esgotamento das instâncias ordinárias e de acesso às instâncias extraordinárias (Súmula 207/STJ);

IV - O teor do Enunciado n. 255 da Súmula/STJ incide analogicamente à hipótese versada nos autos;

V - Recurso especial não conhecido”.

(REsp 818.497/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 06/05/2010)

A discussão que existia antes da vigência da Lei 11.101 de 2005 era a de que o art. 207 do revogado Decreto 7.661/45, ao regular os procedimentos lá previstos, determinava a aplicação supletiva do Código de Processo Civil no que toca aos prazos de apelação e agravo de instrumento, omitindo-se, todavia, acerca do cabimento dos embargos infringentes. Tal discussão findou com a edição da Súmula 88 do STJ, ocasião em que a Corte Especial decidiu que o Código de Processo Civil deve ser aplicado aos procedimentos regidos por legislação especial, naquilo que não houver incompatibilidade ou ressalva expressa em sentido contrário.

III.I. Acórdãos de apelação, não unânimes, no qual a divergência diz respeito ao capítulo dos honorários advocatícios

O capítulo do acórdão que decide os honorários advocatícios e custas processuais é dependente do que julga o pedido principal, na medida em que dele é conseqüente e deve ser coerente com aquele. Entretanto, não obstante se tratar de

capítulo “acessório” do acórdão causa efeitos jurídicos imutáveis ao patrimônio das partes e, desta forma, faz coisa julgada material.

Tendo em vista aludido caráter de “accessoriedade”, a jurisprudência divergia quanto ao cabimento de embargos infringentes quando a divergência se desse a respeito dos honorários advocatícios.

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo pelo não cabimento de embargos infringentes contra acórdão não-unânime de apelação, cuja divergência fosse relacionada à verba honorária (AgRg no Ag. 6116112/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, J. 03.05.2005, DJ 21.03.2005). De forma contraditória, todavia, também decidia aquele Tribunal pelo não conhecimento de recurso especial visando à modificação da parte do acórdão não unânime que tratou dos honorários advocatícios, ao fundamento de que não estaria esgotada a instância ordinária, na medida em que a parte deveria ter interposto anteriores embargos infringentes (Resp. 443.920, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 12.04.2005, DJ 06.06.2005, p. 250).

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia (Resp 1.113.175 –DF, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, j. 24.05.2012, p. 129), oportunidade em que fundamentou que “O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação”.

III.m. Embargos infringentes adesivos

Barbosa Moreira³⁶ chama a atenção para o fato de que a alteração do art. 530 do CPC acarretou não só a diminuição da incidência dos embargos infringentes principais, mas, sobretudo, de adesivos, que já eram incomuns mesmo

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 517.

antes da Lei n 10.352 e agora, somente são cabíveis de acórdãos de apelação que reforme a sentença “numa parte em proveito do autor, noutra em proveito do réu”, concluindo que “trata-se, como é intuitivo, de hipótese que raramente se configurará”.

Referido Autor³⁷ se mostra contrário a possibilidade de embargos infringentes adesivos em ações rescisórias, sob o fundamento de que “ainda nos casos de sucumbência recíproca, não haverá algum lugar para a adesão, pois o acórdão só poderá ser embargável pelo réu e naquilo em que julgou procedente o pedido”.

III.n. Questões de ordem pública

Questões de ordem pública não suscitadas no processo também podem ser enfrentadas no julgamento dos embargos infringentes. Nesse sentido, Rita de Cássia Mesquita Tabalipa³⁸, comentando acórdão do STJ, assegura que tal recurso “não é de fundamentação vinculada, pois embora existam pressupostos quanto ao seu cabimento, estes pressupostos não dizem respeito à fundamentação”. Desta forma, seria cabível “a apreciação das questões de ordem pública”.

Utilizando-se de outra fundamentação, todavia, alcançando a mesma conclusão, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira³⁹ --- também analisando acórdão do STJ ---- aduz que “deve o tribunal de ofício apreciar questão de ordem pública não em virtude do efeito devolutivo, que é restritivo a conclusão da divergência, mas, sim, do princípio translativo, nos termos o art. 267, § 3º. do CPC”.

III.o. Efeito suspensivo

A lei silencia quanto à possibilidade de se empreender efeito suspensivo aos embargos infringentes, razão pela qual se deve interpretar pela

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil** p. 520.

³⁸ TABALIPA, Rita de Cássia Mesquita, **Embargos infringentes e questões de ordem pública**, p. 87.

³⁹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de, **Embargos infringentes e matéria de ordem pública**, p. 306.

existência deste efeito, porque assim era visto pela doutrina no regime anterior⁴⁰. Admite-se, também, uma espécie de efeito suspensivo indireto, através do prolongamento dos efeitos concedidos à apelação, mantendo-se a mesma situação fática existente na ocasião de sua interposição. Desta forma, a sentença não eficaz, por meio de apelo recebido com efeito suspensivo, assim permanecerá na constância do julgamento dos embargos infringentes.

A extensão do efeito suspensivo aos embargos infringentes está adstrita a parte embargável do acórdão, o que ensejaria a interposição imediata de recurso especial e extraordinário contra a parte unânime do aresto. Entretanto, com a alteração empreendida no art. 498 do CPC, ficou sobrestado o prazo para a interposição dos recursos extraordinários até a intimação da decisão proferida nos embargos infringentes, interposto contra a parte não unânime do acórdão.

III.p. Cabimento dos embargos infringentes no STF e STJ

Não se admite a interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido pelo STF ou STJ. Entretanto, no âmbito do STJ, permite-se a interposição de embargos infringentes nas causas em que o Estado estrangeiro ou Organismo Internacional litiga com o município ou pessoa domiciliada ou residente no País (Lei 8.038, art. 38, inc. I). Também é admitido tal recurso no caso de julgamento de ação rescisória quando ajuizada perante o STJ e na hipótese de recurso ordinário. Já no STF admite-se a interposição de embargos infringentes na ação ordinária, na representação de inconstitucionalidade ou na apelação.⁴¹

IV - CONCLUSÃO

Os embargos infringentes são recurso de origem Portuguesa e atualmente só subsiste no ordenamento processual brasileiro. Sempre existiu

BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, p. 536.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**, p 187.

divergência entre os processualistas acerca da necessidade de sua manutenção no Código de Processo Civil. Alguns defendem a sua extinção argumentando que podem ser utilizados com objetivos protelatórios, bem como funcionaria como indevido prolongamento do juízo recursal, já que concede ao vencido a oportunidade de impugnar duas vezes a mesma decisão, no mesmo grau de jurisdição.

Outros defendem a permanência do instituto, pois acreditam que confere maior segurança jurídica às decisões dos tribunais.

A Lei 10.352/2001 alterou o texto do art. 530 do CPC, reduzindo as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes para a ocasião em que “(...) acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória”, de forma que somente quando for apreciado o mérito da ação e o Tribunal não confirmar a sentença, é que se admite a sua interposição.

Tal alteração contribuiu para a ausência de sedimentação quanto a interpretação do instituto, principalmente em relação as suas hipóteses de cabimento. Entretanto, com o passar dos anos, conforme acima demonstrado, seja por meio da interpretação consolidada na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal, seja por meio de alterações havidas em lei especial, foram feitos os necessários esclarecimentos à redação do art. 530 do CPC, dirimindo as dúvidas até então existentes.

Ainda não há uma posição definitiva sobre a manutenção ou supressão do aludido recurso no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Atualmente tal espécie recursal foi suprimida em prol da simplificação do procedimento e celeridade processual, premissas da reforma. Contudo, em nome da segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição (art. 5º, *caput*), na hipótese de existência de divergência em acórdãos não-unânime proferidos em apelação, agravo de instrumento e ação rescisória, estabeleceu-se um prolongamento da fase recursal. Em tais

hipóteses, admite-se um novo julgamento, na sessão seguinte, com o aumento do quórum de julgadores, de forma a propiciar a reforma da decisão.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo:RT, 2010.

ALVIM, José Manoel de Arruda (Netto), **Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001**. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001 (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4).

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo cautelar. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro:Forense, 2012. v.5.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Novas vicissitudes dos embargos infringentes. Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

SILVA , Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARMONA, Carlos Alberto, **Embargos infringentes. Revista do Advogado**, São Paulo n. 27, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Embargos infringentes. Art. 530 do CPC –STJ. Súmula 207. Lei nova e admissibilidade de recursos.** Revista de Processo, São Paulo, ano 28, n. 110, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, William Santos. **Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil** (comentários e manual de consulta rápida com resumo das principais questões artigo por artigo). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Direito processual civil**, 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

JORGE, Flávio Cheim. **Embargos infringentes: uma visão atual.** In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, João Batista, **Alterações no CPC – Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02 – Anotações sobre a reforma do CPC (segunda fase).** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, ano III, n. 17, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Recursos e ações autônomas de impugnação.** 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 3.ed. rev. São Paulo:RT, 1997.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Embargos infringentes e matéria de ordem pública. Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, n. 102, 2001.

SHIMURA, Sérgio. **Os embargos infringentes e seu novo perfil**. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: RT, 2002 (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 5).

SOUZA, José Augusto Garcia de. Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual, Ano 2011. Disponível em: http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2011_Dir_Publico_Garcia_Souza_Def_Embargos_Infringentes.pdf. Acesso em 01.11.2012

SOARES, Paula Botelho. **Os novos problemas dos embargos infringentes após a Lei 10.352/2001**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. (Coleção de Processo Civil Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, vol. II).

TABALIPA, Rita de Cássia Mesquita. **Embargos infringentes e questões de ordem pública. Revista de processo**. Ano 22 n. 87 julho-setembro de 1997. p. 87.

THEODORO JÚNIOR, **Da redução da área de cabimento dos embargos infringentes e da ampliação do efeito devolutivo da apelação. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano VI, n. 31, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005. v. 3.