

**Pontifícia Universidade Católica  
COGEAE**

**ANDREIA FILIPA CORREIA TAVARES**

**EMBARGOS INFRINGENTES**

**CAMPINAS  
2013**

**ANDREIA FILIPA CORREIA TAVARES**

**EMBARGOS INFRINGENTES**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica – PUC SP- COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação ‘Lato Sensu’ – Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Sidney Palharini

**CAMPINAS**

**2013**

**ANDREIA FILIPA CORREIA TAVARES**

**EMBARGOS INFRINGENTES**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica – PUC SP- COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Sidney Palharini

Data da Aprovação:

Banca Examinadora:

1.

2.

3.

**CAMPINAS**

**2013**

**Dedico esse trabalho a todos aqueles que de alguma forma fizeram parte da minha vida até o presente momento, principalmente aos meus pais e aos meus avós que me deram força e apoio para que mais uma etapa fosse concluída.**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por toda honra e toda a glória.

Aos meus professores e mestres que me ensinaram desde o meu início acadêmico a ler e escrever, e a me tornar um ser humano com opinião.

Agradeço, ainda a todas as minhas verdadeiras amigas, a oportunidade de conhecer de perto a força de uma amizade.

À família sempre em primeiro lugar.

Aos meus pais, e aos meus avós por todo o amor.

Ao meu irmão que me ensinou a ter perseverança.

## **RESUMO**

### **EMBARGOS INFRINGENTES**

A presente monografia tem o objetivo de esclarecer a hipótese de cabimento dos Embargos Infringentes.

Os embargos infringentes são cabíveis apenas dos acórdãos não unânimes que reformem totalmente ou parcialmente a sentença, ou ainda, que julgarem procedente o pedido em ação rescisória.

Importante mencionar que o acórdão não unânime proferido em agravo de instrumento, não ensejam embargos infringentes, excepcionalmente, entretanto, se admitem os embargos infringentes em acórdão não unânime proferido no julgamento de agravo de instrumento, quando o Tribunal ao dar provimento ao agravo, extingue o processo sem conhecer o mérito da causa. Nesta hipótese, o julgamento do agravo é final, uma vez que encerra o processo tendo conteúdo.

Este resultado do julgamento do agravo acima descrito, portanto, o equipara ao recurso de apelação, razão pela qual deve ser dado ao caso o mesmo tratamento que se dá ao recurso de apelação, frise-se, admitindo-se o cabimento dos embargos se o acórdão não for unânime.

Conclui-se portanto, que é possível que esse recurso tenha por finalidade provocar o reexame de acórdãos proferidos em apelação e ação rescisória (apenas excepcionalmente em agravo de instrumento), no que houver divergência entre os magistrados, possibilitando não só a retratação dos que anteriormente votaram, mas também a modificação da decisão pelo ingresso, quando for o caso, de outros juízes do órgão julgador.

Palavras-chave: Embargos Infringentes. Cabimento.

## **SINTESI**

### **RIFORMARE O ANNULLARE**

Questa monografia si propone di chiarire l'ipotesi di non violano embargo posto.

Embarghi sono applicabili solo violare le sentenze non sono d'accordo per riformare la sentenza in tutto o in parte, o addirittura che considerano la domanda di azione rescissione.

Importante ricordare che non unanime sentenza pronunciata il ricorso incidentale, non violare embarghi ensejam, insolitamente, tuttavia, ha ammesso che violano l'embargo sulle alcun giudizio unanime espresso nel processo di appello incidentale quando la Corte di accogliere il reclamo, si spegne processo senza conoscere la sostanza. In questo caso, la sentenza del ricorso è definitiva, una volta che chiude il contenuto.

L'esito della prova del reato di cui sopra, quindi, equivale a un appello, che è il motivo per il caso dovrebbe essere dato lo stesso trattamento dato al ricorso, frise alto, assumendo l'adeguatezza delle embarghi giudizio non è unanime.

Concludiamo quindi che è possibile che questa funzione ha lo scopo di provocare una riconsiderazione decisioni sui ricorsi e le azioni recesso (solo eccezionalmente in appello incidentale), in cui vi è disaccordo tra i giudici, che consente non solo la retrazione di precedenza votato, ma anche la modifica della decisione del biglietto, se del caso, altri giudici di giudicare corpo.

Parole chiave: riformare o annullare. Appartengono.

## SUMÁRIO

### Introdução

<b>1.Origem dos Embargos Infringentes</b>	<b>p. 10</b>
<b>2.Dos Embargos Infringentes</b>	<b>p. 11</b>
<b>2.1 Das hipóteses de cabimento</b>	<b>p. 11</b>
<b>2.2. Dos pressupostos</b>	<b>p. 12</b>
<b>2.3. Do cabimento</b>	<b>p. 16</b>
<b>3.Conceito de sentença inserido pelo artigo 162, § 1º do CPC, que foi alterado pela lei n° 11.232/05</b>	<b>p. 21</b>
<b>4.Procedimentos dos Embargos Infringentes</b>	<b>p. 24</b>
<b>5.Dos efeitos dos Embargos Infringentes</b>	<b>p. 25</b>
<b>6.Do julgamento dos Embargos Infringentes</b>	<b>p. 28</b>
<b>7.Peculiaridades da interposição de Embargos Infringentes na ação rescisória</b>	<b>p. 29</b>

<b>8.Hipóteses controversas sobre o cabimento dos embargos infringentes</b>	<b>p. 34</b>
<b>8.1 Agravo de Instrumento</b>	<b>p. 34</b>
<b>8.2 Agravo Retido</b>	<b>p. 38</b>
<b>8.3 Embargos de Declaração</b>	<b>p. 40</b>
<b>8.4 Remessa de Ofício</b>	<b>p. 41</b>
<b>8.5 Mandado de Segurança</b>	<b>p. 45</b>
<b>9.Recurso de adesão</b>	<b>p. 47</b>
<b>10.Preparo dos Embargos Infringentes</b>	<b>p. 48</b>
<b>11.A interposição simultânea dos Embargos Infringentes e dos recursos para os Tribunais Superiores</b>	<b>p. 50</b>
<b>12.Projeto de Lei do Senado PLS 166, de 2010 no que se refere aos recursos em geral</b>	<b>p. 51</b>
<b>13.Conclusão</b>	<b>p. 52</b>
<b>14.Referências bibliográficas.</b>	<b>P. 55</b>

## **EMBARGOS INFRINGENTES**

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho de conclusão da pós graduação - monografia irá discorrer sobre o recurso de embargos infringentes, recurso este amplamente controvertido na doutrina e na jurisprudência, quanto ao seu cabimento na forma prevista no artigo 530 e seguintes do Código de Processo Civil, previstos para deixar de existir no novo Código de Processo Civil, através do Projeto de Lei 166/2010, porém mantido pelo último projeto de Lei 2.963/2011, direcionados á comissão especial da Câmara que avalia esses projetos, no Senado, que está na mesa da diretoria da Câmara dos Deputados em dezembro de 2012.

Pretende-se, dar enfoque ao fato de que, em uma tentativa de restringir o cabimento dos embargos infringentes, com a Reforma dada pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, endossou critérios que geraram inúmeras discussões na doutrina e na jurisprudência.

Além do mais há que se dizer que diante da previsão expressa do requisito chamado de “sentença de mérito” e da nova definição de sentença prevista no art. 162, § 1º, alterado pela Lei nº 11.232, de 2005, ainda há discussão sobre qual seria a melhor interpretação ao cabimento do recurso de embargos infringentes em hipóteses distintas da que a do acórdão não unânime, proferido em sede de recurso de apelação, ou até mesmo pelo projeto de Lei 166/2010 que prevê extinguir os embargos infringentes, visando a celeridade dos processos.

## 1. ORIGEM DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Na história que versa sobre o momento do surgimento dos embargos infringentes existe divergência.

Alguns doutrinadores, como Candido de Oliveira Filho e José Frederico Marques, defendem que os embargos infringentes tiveram origem no Direito Português e precedem às Ordenações Afonsinas. Porém, para outros, como Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho que este recurso já era conhecido no reinado de D. Afonso III, por volta dos anos de 1.248, ou seja, antes das Ordenações Afonsinas, que ocorreram no Reinado de D. Afonso V, por volta de 1.446.

Segundo a história, naquela época existia um meio de impugnação obstativo, era um pedido de reconsideração que tem muita semelhança com os infringentes, pois era usado nos casos onde hoje usamos os embargos infringentes.

Pois bem.

Na história brasileira, a primeira vez que o diploma legal tratou sobre os embargos infringentes, foi na Disposição Provisória de 29 de novembro de 1.832 e em seguida o Regulamento nº 737, segundo Herman Homem de Carvalho.

E ainda, é oportuno mencionar que o Código de Processo Civil de 1.939 continha os embargos de nulidade e os infringentes, e somente com o advento do

Código de Buzaid, em 1.973, os conhecidos como embargos de nulidade e infringentes passaram a chamar de "embargos infringentes".

A inclusão do recurso de embargos infringentes no Código de Processo Civil sempre foi controvertida em relação á necessidade de sua existência.

O novo projeto de Lei 2.963/2011 tem a previsão de não conter a possibilidade da aplicação dos embargos infringentes no ordenamento jurídico, muito embora ainda é um dos recursos de grande importância nos tribunais, que tem como finalidade buscar a unificação da jurisprudência.

Visando a prestação jurisdicional justa e segura, até a aprovação do novo projeto de lei que exclui o recurso de embargos infringentes, eles ainda permanecem no ordenamento jurídico, uma vez que o voto vencido que dá origem aos embargos infringentes chamam a atenção dos julgadores para o assunto objeto da controvérsia, e, diante da nova oportunidade de reexaminar a matéria de direito e de fato, tem-se um maior número de juízes decidindo a questão, o que acarreta, conseqüentemente, maior probabilidade de acerto na prestação jurisdicional.

## **2. – DOS EMBARGOS INFRINGENTES:**

### **2.1 – DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO**

A) acórdão proferido por maioria de votos, no caso de provimento de recurso de apelação interposta contra sentença de mérito;

B) acórdão proferido por maioria de votos, na hipótese de provimento em ação rescisória, e

C) acórdão proferido por maioria de votos no julgamento de agravo de instrumento, quando o tribunal ao dar provimento ao agravo, extingue o processo sem conhecer o mérito da causa.

## **2.2 DOS PRESSUPOSTOS**

O recurso dos Embargos Infringentes tem 3 (três) pressupostos específicos:

(i) a existência de julgamento que tem de ser proferido por maioria, nunca por unanimidade;

(ii) existência de julgamento proferido em grau de apelação ou de ação rescisória, e

(iii) a existência de acórdão que deve ter reformado a sentença de mérito de primeira instância ou julgado procedente a ação rescisória.

É obrigatório para que o acórdão seja embargável pelo recurso dos embargos infringentes que tenha ocorrido um voto vencido no julgamento, haja vista que o desacordo entre magistrados de segundo grau apura-se pela conclusão do

pronunciamento de cada juiz votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo.

Existe também a hipótese que um ou mais magistrados tenham opinião divergente no que diz respeito à argumentação, mas não quanto à conclusão e nesse caso, não existe a divergência de voto, que é requisito indispensável nos embargos infringentes.

O douto magistrado divergente deve argumentar seu voto através de declaração escrita esclarecendo que diverge com o voto dos demais julgadores, contudo, se na conclusão houver indícios de concordância com o voto vencedor, juntamente com os demais juízes, fazendo com que o julgamento seja por unanimidade, não cabe embargos infringentes.

De suma importância trazer a baila, eu existe uma situação diferente da de que se trata de apelação ou ação rescisória em que se apresenta mais de uma **causa petendi** (causa de pedir) para um mesmo pedido.

Neste caso havendo divergência no reconhecimento ou não de ambas as causas de pedir, ainda que o resultado final seja unânime, há a divergência, uma vez que cada causa de pedir é o fundamento de uma ação que poderia ser proposta separadamente, e nesse caso, haveria um voto vencido, o que autoriza o manejo dos infringentes.

Entretanto, nesta última hipótese, é preciso que haja voto vencido em todas as causas de pedir, pois, se em uma a votação for unânime tanto quanto o

resultado final, está ausente o pressuposto específico, que nada mais é do que o voto que daria ganho de causa ao sucumbente.

Importante ainda dizer que voto vencido não significa voto oposto, tendo em vista que basta que o voto seja diferente, seja na quantidade ou na qualidade, sendo este o caso de divergência parcial, havendo a possibilidade de pedir reforma da decisão por meio do embargos infringentes apenas no que houver diferença.

Assim é a hipótese, que se parte do acórdão é unânime e parte é por maioria, somente sobre a parte que for por maioria é que podem incidir os embargos infringentes.

Oportuno, comentar que se o embargante em seu recurso exceder os limites próprios para pleitear decisão mais favorável que a do voto vencido, deve o órgão **ad quem** limitar sua cognição à área coberta pela divergência, caso contrário, não se conhecerá dos embargos infringentes.

Por outro ângulo, a proibição da **reformatio in pejus**, isto é, no julgamento dos embargos também não é dado ao órgão **ad quem** a possibilidade de piorar a situação do embargante.

Pois bem.

Outro pressuposto específico para a interposição dos embargos infringentes é que o acórdão seja proferido em apelação ou ação rescisória.

O acórdão com voto vencido em agravo não é embargável, exceção feita apenas na hipótese de acórdão não unânime proferido no julgamento de agravo de instrumento, quando o Tribunal ao dar provimento ao agravo extingue o processo sem conhecer o mérito da causa, ainda que se trate de agravo retido julgado como preliminar de apelação.

Seja na apelação seja na rescisória, não se distingue se a matéria é processual ou de mérito, basta que o Tribunal tenha conhecido a matéria por força de apelação ou de ação rescisória.

Por último, um dos requisitos específicos dos embargos infringentes é que eles serão admissíveis somente se o acórdão não unânime em apelação reformar a sentença de primeira instância e no caso de ação rescisória, se for julgada procedente.

Em caso de recurso de apelação, a lógica desenvolvida em primeiro grau, mas repelida em segundo grau, de que dado provimento à apelação por maioria haveria um tipo de “empate”, se considerarmos como “voto” o entendimento do juiz **a quo**.

Porém essa é uma falsa idéia, uma vez que as decisões de primeira e segunda instâncias são qualificadas e proferidas em perspectivas diferentes.

Havendo voto divergente a interposição dos embargos infringentes é indispensável para que se possa, posteriormente, interpor o recurso extraordinário e o recurso especial, que exigem que sejam esgotadas as vias recursais ordinárias.

### **2.3 DO CABIMENTO**

Os embargos infringentes tem grande controvérsia na doutrina e jurisprudência.

Por primeiro há de se considerar que é um recurso exclusivo do Direito Brasileiro, tendo sido, inclusive, extinto no direito processual português, onde foi concebido.

Por segundo, ser entendido, por alguns processualistas, como Carlos Alberto Carmona, como desnecessário, motivo pelo qual o novo projeto de lei 2.963/2011 quer tirá-lo do processo brasileiro.

Alguns doutrinadores como Carlos Alberto Carmona e outros, fazem crítica à sua existência, defendendo a abolição total dos embargos infringentes, conforme previsto em novo projeto de lei 2.963/2011, haja vista que não parece adequado que apenas o fato de ter havido voto divergente em julgamento proferido por um colegiado deva ser capaz de permitir a interposição desse recurso.

Conclui-se que dentro do sistema processual brasileiro, é excessivo e repetitivo ter mais um recurso cabível para nova análise daquela matéria divergente, tendo em vista a diversidade dos recursos previstos no atual Código de Processo Civil, causando ainda mais morosidade.

Ainda há argumento contrário à existência do recurso de embargos infringentes, uma vez que a existência deste recurso não acompanha a idéia das novas reformas processuais brasileiras e na própria Constituição Federal, em relação ao princípio da celeridade, sendo na forma do Princípio da Razoável Duração do Processo, muito embora a contrário sensu, entretanto, entende-se que os embargos infringentes alinham-se na idéia do Princípio da Segurança Jurídica, com o objetivo da justiça do julgamento, o que, inegavelmente, demanda mais tempo no trâmite do processo.

Em que pese todas as razões acima mencionadas, os embargos infringentes sobreviveram às reformas processuais promovidas pela Lei nº 10.352, de 2001, muito embora o novo anteprojeto de lei nº 2.963/2011 do novo Código de Processo Civil não prevê este recurso, visando a celeridade no novo Processo Civil.

Ocorre, entretanto, que várias foram as críticas de doutrinadores que fizeram com que os embargos infringentes tivessem seu cabimento restringido.

O professor Barbosa Moreira registra que a prática nos Tribunais de Justiça o fez rever a pretensão de extinguir tal recurso do Código de Processo Civil, e deu a sugestão para que restringisse o seu cabimento, o que foi acolhido, em parte, pelas alterações da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

Após as críticas, a nova redação do artigo 530 do Código de Processo Civil delimitou assim o seu cabimento, nas seguintes hipóteses, **verbo ad verbum**:

*Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.*

Em análise a nova redação dada ao artigo 530 nota-se que a grande mudança na estrutura do artigo foi à exigência da sentença de mérito. E ainda alteração em relação à obrigação de tal sentença precisar ter sido reformada, em sede de decisão não-unânime do Tribunal.

Em resumo, a mudança sintetiza-se com a expressão “reforma da sentença de mérito”.

O raciocínio desenvolvido para manter o cabimento dos embargos infringentes, na hipótese de reforma de sentença de mérito, foi a existência de um “empate hipotético” na soma dos dois julgamentos (primeira e segunda instâncias).

Ora, se contarmos a sentença de primeiro grau, juntamente com o voto divergente do desembargador no Tribunal, teríamos 2 votos contra e 2 votos a favor (aqueles votos de desembargadores que venceram no julgamento do Tribunal de Justiça e da sentença do juiz proferida em primeiro grau).

O objetivo dos embargos infringentes é fazer prevalecer o voto vencido, diante da divergência dos julgadores, com o julgamento do processo por todos os desembargadores que compõem a Câmara.

Nesse sentido a Ementa proferida no Recurso Especial nº 1.082.437 – RS, pela Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, da lavra do eminente Ministro Luiz Fux, **verbis**:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. VOTO VENCIDO QUE REFORMOU A SANÇÃO IMPOSTA. MODIFICAÇÃO DE PARTE DA SENTENÇA DE MÉRITO. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. RETORNO DOS AUTOS MANIFESTAÇÃO DA MATÉRIA DISSIDENTE. (AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 11, INC. V, DA LEI Nº 8.429/92)*

*1. A reforma quantitativa da resolução de mérito, ainda que parcial, e por maioria, enseja o cabimento de embargos infringentes.*

*2. É que os embargos infringentes são cabíveis quando a reforma da sentença de mérito alcança, apenas, o pedido mediato (bem da vida), já que integra o objeto do processo. Precedentes: REsp 983.010/MG, Quarta Turma, DJ 17.12.2007; REsp 715.934/RS, Quarta Turma, DJ 05.02.2007; REsp 808.439/RJ, DJe 06.03.2008; REsp 672.057/RS, DJe 26.06.2008; REsp 710940/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 04.05.2006.*

*3. In casu, o Tribunal local por seu Relator, em sede de ação civil pública, deu parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Estadual para majorar a multa civil imposta, a fim de ter esta como base a média anual do ano em curso, voto*

*acompanhado pelo vogal, restando divergente quanto ao mérito, porquanto o voto vencido sustentou a ausência de dolo e divergiu quanto à penalidade aplicada no sentido de que não se poderia fixar a pena de multa com valores da atualidade.*

*4. Deveras, muito embora não tenha havido alteração quanto à espécie de provimento visado, já que o acórdão manteve a condenação, ocorreu mutação quantitativa do decisum, restando presentes todos os requisitos para a devida interposição de embargos infringentes: a uma: porque o acórdão reformou a sentença, em grau de apelação, fixando pena diversa da estipulada na sentença; a duas: porque presente o interesse da parte recorrente de ver prevalecer o voto vencido, qual seja que a fixação da pena de multa não poderia ser fixada com base em valores da atualidade.*

*5. Os limites da devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, por isso que a discussão deve limitar-se à conclusão da manifestação dissidente. Precedentes: Resp 854.570/SP, Primeira Turma, DJ 19/10/06; Resp 709.743/RS, Primeira Turma, DJ 06/03/06; REsp n. 148.652/SP, Primeira Turma, DJ de 28/05/2001.*

*6. Recurso Especial do requerido-recorrente provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Origem para análise dos Embargos Infringentes limitando-se à discussão à conclusão da manifestação dissidente e recurso especial do Ministério Público Estadual julgado prejudicado. (Publicado do DJ e em 14 de junho de 2010).*

Por isso, a exigência de reforma em sentença de mérito pode parecer simples e isenta de grandes controvérsias, no entanto, o conteúdo da "sentença de

mérito", após a alteração de seu conceito no artigo 162, § 1º, do Código de Processo Civil, pela Lei nº 11.232, de 2005, transformou o tema em assunto de ampla divergência na doutrina e na jurisprudência.

### **3. CONCEITO DE SENTENÇA INSERIDO PELO ARTIGO 162, § 1º DO CPC, QUE FOI ALTERADO PELA LEI Nº 11.232/05.**

O conceito de sentença desde muito tempo é um assunto debatido entre juristas, com alguns critérios a serem analisados, sendo três corrente, a saber:

- a) quanto à finalidade;
- b) ao conteúdo, e
- c) quanto ao momento processual.

A redação do artigo 162, § 1º do Código de Processo Civil adotava a finalidade, para atribuir um conceito à sentença, ou seja, definia-a como o ato do juiz que põe termo ao processo.

Entretanto, com o advento da Lei nº 11.232, de 2005 que alterou o critério, definido a sentença conforme o seu conteúdo, **in verbis**:

*Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.*

*§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.*

*§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.*

*§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.*

*§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.*

Sendo assim, conforme crítica da professora Tereza Arruda Alvim Wambier era tautológico definir algo por seus efeitos, no entendimento da Professora, a reforma que modificou o conceito da sentença foi um grande avanço, afinal não restringiu excessivamente o seu conteúdo.

Contudo, ao mesmo tempo, esta mudança em relação a definição de sentença criou problemas na definição do sistema recursal principalmente no que se refere à diferenciação entre a sentença e a decisão que deve ser atacada por meio da interposição de agravo de instrumento.

Calha mencionar que esse diagnóstico foi realizado pelo Professor Humberto Theodoro Júnior que afirmou que:

*Com efeito, até então, sentença e decisão interlocutória se diferenciavam pelo fato de que a sentença sempre solucionava uma questão que o processo (com ou sem solução do mérito da causa), enquanto a decisão interlocutória nunca encerrava o*

*processo, pois apenas resolvia 'questão incidente' (que também poderia envolver, ou não, temas de mérito). Não era o conteúdo do decisório o relevante para distinguir a sentença da decisão interlocutória, mas o seu efeito processual, o que tornava muito simples o sistema recursal. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007).*

Com toda esta modificação no conceito de sentença de mérito, causou discussão sobre o cabimento dos embargos infringentes, tendo em vista que a nova redação do artigo 530 do CPC pretendeu reduzir a sua hipótese de cabimento, no entanto, abriu novas possibilidades, à luz do novo conceito de sentença de mérito.

Visto como, em sede de agravo de instrumento, resta possível a discussão de temas que se configuram como matéria de mérito, como, por exemplo, a prescrição e a decadência, o que permite a oposição de embargos infringentes, para grande parte da doutrina e da jurisprudência, entretanto, há quem defenda o cabimento dos embargos infringentes apenas nos casos onde houver sentença definitiva em primeiro grau, como é o caso dos doutrinadores Paulo Afonso Sant'Anna e Araken de Assis.

O cabimento dos embargos infringentes ou não, ainda não está pacificado na doutrina, uma vez que ocorre um embate entre duas correntes doutrinárias: os formalistas, que se alinharão à letra da lei, onde somente caberão os infringentes em grau de apelação e sentença definitiva e os substancialistas, que farão prevalecer o objeto, que se referem a irresignação e ao mérito.

Em análise ao processo, é preciso dar uma interpretação tendo em vista sua instrumentalidade, a fim de aprimorar o sistema processual, tendo como base que o processo é um meio, legitimado por seus fins, com a finalidade de buscar a justiça.

Neste mesmo pensamento, se mantido o instituto dos embargos infringentes no ordenamento pátrio, é necessário conceder interpretação que se coadune com seu fim, qual seja, conceder maior segurança jurídica nas decisões de mérito, sendo certo que deve ser aquela interpretação que gere menor ofensa ao direito material e maior utilidade à realização do direito material.

#### **4. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES**

Os embargos infringentes devem ser opostos por petição dirigida ao eminente relator do recurso de apelação ou da ação rescisória, que deverá decidir sobre o cabimento dos infringentes, analisando a presença ou não de seus pressupostos, gerais e específicos. Acompanhada das razões do inconformismo e do pedido de nova decisão.

Na hipótese de não ser o caso de oposição de embargos infringentes, o relator os indeferirá, de plano, cabendo, dessa decisão agravo, em 5 (cinco) dias para o órgão competente para seu julgamento.

Sendo os embargos infringentes admitidos, serão processados e julgados em conformidade com o que dispõe o Regimento Interno do Tribunal, como prevê o artigo 533 do Código de Processo Civil.

Na hipótese de a norma regimental determinar a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não tenha participado do julgamento anterior, na forma do artigo 534 do mesmo diploma acima referido.

O prazo para interposição dos embargos infringentes é de 15 (quinze) dias, contado da data da publicação do acórdão recorrido, e o prazo para apresentação de contrarrazões também é de 15 (quinze) dias, conforme apregoa o artigo 508 do Código de Processo Civil.

Cabe informar que o relator somente apreciará a admissibilidade dos embargos infringentes depois de decorrido o prazo para contrarrazões.

## **5. DOS EFEITOS DOS EMBARGOS INFRINGENTES**

Aplicam-se aos embargos infringentes as mesmas regras da interposição do recurso de apelação no que se refere aos efeitos devolutivo e suspensivo, frise-se, sempre dentro do âmbito da divergência, guardada a limitação objetiva que impõe a extensão do voto vencido.

Os embargos infringentes quando interpostos de acórdão que julgou a ação rescisória, têm sempre efeito devolutivo e suspensivo.

Entretanto, interposto de acórdão proferido em grau de apelação terão os mesmos efeitos da apelação que os originou.

A matéria devolvida para análise, no caso dos embargos infringentes é restrita apenas a matéria de divergência no acórdão, ou seja, a parte unânime do acórdão não enseja embargos infringentes, podendo ser impugnada, desde já, por recurso especial ou extraordinário.

Já no que tange a parte não unânime, deve-se aguardar o julgamento dos embargos infringentes para poder interpor os remédios cabíveis ao tribunais superiores dessa parte.

Observa-se, aqui, que parte da jurisprudência entende que uma vez interpostos infringentes da parte não unânime e recurso especial ou extraordinária da parte unânime, quando da decisão dos embargos deve-se reiterar e ratificar a interposição dos recursos apresentados nas instâncias dos tribunais superiores, sob pena de operar-se a preclusão.

Aplicação por equiparação aos embargos infringentes da Súmula 418/STJ: *"É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação."* *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – DECADÊNCIA – PRAZO QUINQUENAL – TERMO INICIAL – ART. 173, I, DO CTN.*

*"PROCESSUAL CIVIL – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ANTES DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES – NECESSÁRIA RATIFICAÇÃO.*

A interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, ou de embargos infringentes sem a devida ratificação em ocasião oportuna, configura-se extemporânea.

Não havendo pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, I, do Código Tributário Nacional, porquanto a disciplina do art. 150, § 4º do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009).

Outros julgados que confirmam a utilização por equiparação sobre a importância de raticar os embargos infringentes perante instâncias superiores. *Agravos regimentais improvidos." (AgRg no REsp 980.389/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 24/06/2010)".*

Calha ressaltar, que as questões de ordem pública como não são suscetíveis de preclusão e podendo ser declaradas por qualquer das partes, em qualquer momento e instância, ficam transferidas ao exame do tribunal, que sobre elas deverá pronunciar-se quanto do julgamento dos embargos infringentes, ainda que não tenham sido objeto da divergência, pois o efeito translativo não se confunde com o efeito devolutivo inerente aos embargos.

## 6. DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

No julgamento dos embargos infringentes e nos atos que seguem, de acordo com as normas regimentais, incidem as normas previstas nos artigos 552, 554, 555, parágrafos 1º a 3º, 556, 557, 560, 561, 562, 563, 564 e 565, todos do Código de Processo Civil.

Oportuno salientar que em nenhum momento o Código de Processo Civil, proíbe ou exige que no julgamento dos embargos infringentes participem os juízes que julgaram a apelação ou ação rescisória. Muito embora é evitado que o relator do julgamento dos embargos infringentes não seja algum participante do julgamento anterior.

No que se refere aos outros membros do órgão julgador, é indiferente que hajam ou não proferido voto sobre a apelação ou a ação rescisória.

Salienta-se, contudo, que conhecido os embargos infringentes estando presentes todos os requisitos de admissibilidade, o colegiado tem o dever de examinar as questões relativas ao processo e as condições da ação, inclusive no que tange a divergência do órgão **a quo**, desde que não estejam preclusas, para que assim possa ser analisada a matéria objeto de controvérsia.

Deste modo, cabe ao colegiado entender serem admissíveis ou não os embargos infringentes, conhecendo-os ou não.

Contudo, caso os embargos infringentes forem liminarmente indeferidos, podem estes serem processados, se interposto o agravo.

No caso de provimento deste recurso do agravo previsto no artigo 532 do Código de Processo Civil, a situação é diferente, uma vez que a matéria sobre a qual se pronunciou o acórdão **ad quem** está preclusa, não sendo lícito, neste caso, ao colegiado negar o requisito de admissibilidade, neste caso deverá deixar de conhecer dos embargos infringentes por outra causa de admissibilidade, diferente da invocada na decisão liminar de indeferimento, e, portanto, não examinada ao julgar o agravo.

Na hipótese de haver embargos infringentes adesivos, deles só conhecerão o órgão **ad quem** se também puder conhecer os principais, tendo em vista seu caráter de acessoriedade, não importando se para prove-los ou desprovê-los.

Conclui-se pois, que não se exclui a possibilidade de negar conhecimento unicamente aos embargos infringentes adesivos, por falta de algum dos seus próprios requisitos de admissibilidade.

## **7. PECULIARIDADES DA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA.**

A ação rescisória, diferente dos recursos, é uma nova ação, contendo nova relação jurídica, um novo processo, entendida como forma autônoma de impugnação das decisões judiciais.

A ação rescisória tem como objetivo manter a segurança e finalidade do processo, pois traz como hipóteses de seu cabimento, o impedimento, a incompetência, a prevaricação, a concussão e a corrupção do juiz, conforme elenca o art. 485, incisos I e II do Código de Processo Civil, que pode macular de tal forma a decisão proferida transitada em julgado, fazendo com que essa seja proferida em afronta ao Direito para privilegiar uma das partes.

A interposição de um recurso impede a ocorrência da coisa julgada. Ou seja, uma vez interposto um recurso, dentro do prazo, e sendo o juízo de admissibilidade positivo, não há formação da coisa julgada, ou seja não há imutabilidade da decisão.

De suma importância dizer que a ação rescisória visa desconstituir a coisa julgada, porque esta já se formou no processo anterior, senão, não seria cabível a ação rescisória.

Neste passo, não se confunde a ação rescisória com recurso justamente por atacar uma decisão sob o efeito da **res iudicata**.

A ação rescisória tem por finalidade declarar a nulidade da sentença proferida em outro processo, que já transitou em julgado, por defeito ou vício insanável, que de tão grave, enseja a desconstituição da coisa julgada, visando a manutenção da segurança jurídica, instituto este de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Importante esclarecer que existe uma hierarquia no órgão prolator da sentença a ser rescindida, para entender o trâmite da ação rescisória.

Se a sentença for prolatada por juiz de direito de primeiro grau, a competência para julgamento da ação rescisória será do Tribunal de Justiça do Estado, de acordo com o Regimento Interno de cada Tribunal que irá definir o órgão colegiado e o procedimento para processamento da mesma. Com exceção ao Superior Tribunal de Justiça que deverá processar e julgar as ações rescisórias interpostas contra seus próprios julgados, de acordo com seu próprio Regimento Interno.

Ora senão vejamos.

As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil, abaixo transcrito:

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

*I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;*

*II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;*

*III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;*

*IV – ofender a coisa julgada;*

*V – violar literal disposição de lei;*

*VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;*

*VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*

*VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;*

*IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;*

*§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.*

*§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.*

Conclui-se por este artigo que a da ação rescisória busca anular a sentença proferida, desconstituindo a ocorrência da coisa julgada, e conseqüentemente, proferindo novo julgamento sobre o mérito da causa, pois não se pode aceitar que uma sentença proferida, por exemplo, por juiz absolutamente incompetente possa constituir relação jurídica válida, inalterável e imutável.

Com efeito, pois, para que sejam cabíveis os embargos infringentes, é necessário que a decisão em ação rescisória seja não unânime e que tenha sido julgada procedente.

Para uma análise mais aprofundada, deve-se distinguir o **iudicium rescindem** e o **iudicium rescisorium**.

Serão interponíveis os embargos infringentes da decisão que julgar procedente o pedido de rescisão da sentença, quando o pedido contemplar tão somente a rescisão da sentença, sem formulação de pedido no sentido de novo julgamento.

Em havendo pedido de novo julgamento, somente poderão ser interpostos embargos infringentes caso este pedido seja julgado procedente.

Se ocorrer de estarem presentes os dois pedidos, o de rescisão da sentença e o de novo julgamento, caberá embargos infringentes do pedido que for julgado procedente.

Desta maneira, se o tribunal de justiça rescinde, por maioria de votos, a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, por exemplo, mas mantém a conclusão da decisão rescindenda, os embargos infringentes não terão cabimento, mesmo que a ação rescisória tenha sido decidida por maioria de votos.

Nesse sentido são as notas colacionadas por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, **verbis**:

**9. Ação rescisória. Procedência do pedido.** Os embargos infringentes também são cabíveis quando o acórdão não unânime tiver acolhido o pedido de rescisão da decisão de mérito. Procedência do pedido de rescisão da decisão de mérito significa o juízo rescidendo (**iudicium rescindens**), isto é, o acolhimento do pedido porque a decisão contém um dos vícios do CPC 485.

**10. Ação rescisória. Juízo rescisório.** Quando a divergência se der no juízo rescisório (*iudicium rescissorium*), isto é, no regulamento da lide, também é cabível o recurso de embargos infringentes. (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006).

## **8. HIPÓTESES CONTROVERSAS SOBRE O CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES.**

### **8.1 Agravo de instrumento.**

No caso de agravo de instrumento, o cerne do debate está nas palavras "apelação" e na expressão "sentença de mérito", previstas no artigo 530 do Código de Processo Civil.

Diante disso, segundo o Ministro José Arnaldo da Fonseca no Resp. 710094/SC, 5ª Turma, DJ: 21.11.2005, o artigo 530 do Código de Processo Civil “*não são cabíveis embargos infringentes contra decisão não-unânime proferida em agravo de instrumento, ainda que tenha sido examinado o mérito*”.

Entretanto, alguns juristas, como Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz, entendem que diante da clareza do direito positivo brasileiro, especialmente dos artigos 267, 269 e 530 do Código Processual, os embargos infringentes devem ser admitidos, nas situações em que o agravo engloba matéria própria de apelação.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se precedentes neste mesmo sentido de haver a possibilidade embargos infringentes em agravo de Instrumento, vejamos: “*o acórdão proferido por maioria de votos em agravo de instrumento, decretando a extinção do processo, pela decadência, pode ser objeto de embargos infringentes*” (Resp. 160.038/SP, 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior).

Neste mesmo sentido: “*se a decisão proferida no agravo retido for concernente ao mérito, cabem os embargos infringentes*” ( Resp. 7.850/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro).

Tais julgados colaboraram para edição do enunciado nº 255 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “*embargos infringentes contra acórdão proferida por maioria, em agrvo retido, quando se tratar de matéria de mérito*”.

Contudo, levando-se em consideração que muitas decisões de mérito podem ser atacadas por agravo de instrumento, parece lógico, em decorrência da

análise sistemática da teoria dos recursos e da finalidade de garantir a segurança jurídica e aplicação justa do Direito, acolhe-se a posição de que são cabíveis embargos infringentes em sede de agravo de instrumento.

Nesta mesma linha de raciocínio, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade, admitem que: *“excepcionalmente , se admitem os embargos infringentes em acórdão não unânime proferido no julgamento de agravo de instrumento, quando o tribunal, ao dar provimento ao agravo, extingue o processo sem conhecimento de mérito. Neste caso, o julgamento do agravo é final, porque encerra o processo, tendo conteúdo e fazendo as vezes de sentença.”*

Em análise, ainda que a lei estabeleça a regra de que caiba interposição de agravo de instrumento de decisão interlocutória, suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, se esta decisão tiver conteúdo ou natureza de sentença e se for reformada por decisão não unânime, também cabem os embargos infringentes.

E ainda, se as decisões definitivas de mérito, como seria o caso das decisões contidas nos artigos 273, § 6º, 475-H e 475-M, § 3º, todos do Código de Processo Civil, podem ser atacadas por meio de agravo de instrumento, cabendo também, excepcionalmente, neste caso, embargos infringentes.

Em resumo, quando houver julgamentos não unânimes dos agravos de instrumento, estes podem ser objeto de embargos infringentes desde que apreciem o mérito da causa.

Segue esse raciocínio a Ementa proferida, recentemente, no Recurso Especial nº 818.497 – MG, pela Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, da lavra do eminente Ministro Massami Uyeda, **verbatim**:

*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 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. (Publicado no DJ e em 6 de maio de 2010).*

Destarte, o tema não é pacífico nos Tribunais, contudo, é aceito majoritariamente pela doutrina e acolhido na jurisprudência como dominante, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, conforme descrito acima.

## **8.2 Agravo retido.**

Segue o mesmo raciocínio do agravo de instrumento em sede de agravo retido.

Diante das novas regras do agravo de instrumento, a fim de introduzir o agravo retido no ordenamento jurídico brasileiro, o critério adotado para definir o cabimento ou não dos embargos infringentes, deverá ser a análise do mérito ou não da decisão. Este assunto ainda não é um tema pacífico.

O Professor José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, é um dos doutrinadores que entende que não são cabíveis os embargos infringentes, tendo em vista que o agravo retido é um recurso distinto, a despeito de se julgar na mesma oportunidade que apelação.

O legislador teve a intenção de estreitar a hipótese de cabimento dos embargos infringentes, conforme dito ao longo do trabalho, entretanto, devem ser considerados cabíveis os embargos infringentes quando a matéria do agravo retido consistir realmente em matéria de mérito, ou seja, quando se tratar de prescrição ou de decadência, por exemplo.

Nesse mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido que a análise do mérito também é cabível para os agravos retidos, inclusive existe precedente da Corte Especial, conforme se vê nos Embargos no Recurso Especial n 276.107 – GO, da lavra do Ministro Francisco Peçanha Martins:

*PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – EMBARGOS INFRINGENTES – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MATÉRIA DE MÉRITO – CABIMENTO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 530 CPC – SÚMULA 255 STJ. (...)*

*- Posicionamento adotado pela eg. Corte Especial, em agravo retido, aplicável à espécie, em face do entendimento de que o conteúdo da matéria decidida e não a natureza do recurso, é que define o cabimento dos embargos infringentes.*

*- Embargos de divergência acolhidos. (Publicado no D.J. em 25 de agosto de 2003).*

Calha registrar a Súmula 255 do Superior Tribunal de Justiça, **verbatim**:

*Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito" para defender o cabimento dos infringentes.*

### 8.3 Embargos de declaração

No caso dos embargos de declaração, é um tema que não gera tanta controvérsia sobre o cabimento ou não na hipótese de embargos infringentes.

Admite o Superior Tribunal de Justiça, a oposição de embargos infringentes em relação a embargos de declaração, ao argumento de que os embargos declaratórios constituem um desdobramento do julgamento da apelação.

O ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira, entende que são cabíveis os embargos infringentes, desde que os embargos de declaração versem sobre matéria pertinente à apelação ou à ação rescisória, respeitados os requisitos elencados no artigo 530 do Código de Processo Civil.

Ressalta-se, que existe jurisprudência com ementa transcrita abaixo, no sentido de que a decisão dos embargos declaratórios integra a decisão a respeito da apelação, e por isso são plenamente cabíveis os embargos infringentes.

Seguindo este pensamento é a Ementa proferida no Recurso Especial 835919 - BA, pela Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, da lavra do eminente Ministro Castro Meira, a seguir transcrita, **ipsis litteris**:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 530 DO CPC.*

*1. Os embargos de declaração integram-se ao acórdão embargado, sendo, por isso, perfeitamente viável a interposição de embargos infringentes quanto à matéria decidida por maioria nos embargos de declaração, como é o caso.*

*2. Recurso especial provido. (Publicada da no DJ em 7 de agosto de 2006).*

Diante de todo o exposto é possível concluir que são cabíveis embargos infringentes de acórdão não unânime, prolatado em sede de embargos declaratórios, tendo em vista que os embargos declaratórios constituem uma complementação do acórdão proferido em sede de apelação, mas é indispensável que a discordância esteja caracterizada na ocorrência da omissão, contradição ou obscuridade, que são as hipóteses autorizadas da oposição de declaratórios.

#### **8.4 Remessa de ofício.**

Alguns doutrinadores como Nelson Nery Junior, José Carlos Barbosa Moreira e Celso Agrícola Barbi, defendem que a fim de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, proporcionar o reexame da matéria objeto do litígio.

Entretanto, essa posição não é unânime, haja vista que há entendimento que a remessa de ofício ou o reexame necessário não é recurso e por isso não se enquadram nas hipóteses autorizadoras para o manejo dos embargos infringentes.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ocorre divisão de entendimento.

Existe precedente contrário da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, como o proferido no Recurso Especial nº 402.970 - RS, por maioria de votos, da lavra do eminente Ministro Felix Fisher, com relator designado para acórdão o eminente Ministro Gilson Dipp, que segue abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO PROFERIDA POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES.*

*I - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, não são cabíveis embargos infringentes contra decisão proferida, por maioria, em remessa necessária.*

*II - Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero "complemento ao julgado", ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública.*

*III - O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar.*

*Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei.*

*IV - Recurso não conhecido. (Publicada no DJ em 1º de julho 2004)*

Contudo, a jurisprudência mais atual da Corte registra o seu cabimento, como no Recurso Especial nº 604.538 - PR, da Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Ementa da relatoria do Ministro LUIZ FUX, relator designado para acórdão, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria de votos, **verbis:**

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DECISÃO NÃO UNÂNIME EM REMESSA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

1. Pacificado que a remessa de ofício equipara-se a recurso para os fins do art. 557 do CPC (Súmula 253/STJ), revela-se plausível interpretar extensivamente o termo "apelação" contido no art. 530 do Código, para permitir a interposição de embargos infringentes em decisão não unânime proferida em reexame necessário. 2. Recurso especial provido, divergindo do relator. (Publicado no DJ em 18 de dezembro de 2006).

Seguindo essa mesma linha de orientação, a Ementa proferida no Recurso Especial nº 705982 – RS, pela Primeira Turma também do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, da lavra do eminente Ministro Francisco Falcão, que segue abaixo:

*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM REMESSA EX OFFICIO. POSSIBILIDADE.*

*I - Os artigos 97, IV, e 142 do CTN não foram, sequer implicitamente, objeto de discussão na formação do aresto*

*recorrido, carecendo o recurso, no ponto, do indispensável prequestionamento, a teor do que dispõem as Súmulas 282 e 356 do C. STF.*

*II - No tocante ao dissídio jurisprudencial, observo que a Recorrente colacionou precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade da progressividade da alíquota do IPTU, o que demonstra a natureza eminentemente constitucional da questão de fundo discutida nestes autos, que não pode ser conhecida por esta Corte sob pena de usurpação de competência do Pretório Excelso.*

*III - O ponto a ser decidido por esta Corte restringe-se à questão do cabimento de Embargos Infringentes em acórdão que, por maioria, julgou remessa ex officio.*

*IV - No julgamento do Recurso Especial nº 485.743/ES, relatado pelo Eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJ de 02/02/2004), a Egrégia Primeira Turma desta Corte firmou entendimento no sentido de que são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão não unânime proferida em sede de remessa ex officio.*

*V - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (Publicado em 14 de dezembro de 2006).*

Havendo discussão sobre o cabimento ou não dos embargos infringentes, a tendência é autorizar o cabimento de embargos infringentes no caso de remessa **ex officio**, uma vez que muito embora a remessa obrigatória se caracterize como condição de eficácia da sentença e não como recurso, tem o procedimento da apelação.

Conseqüentemente, julgada por maioria de votos abre oportunidade para a interposição de embargos infringentes, desde que pela remessa obrigatória, o Tribunal tenha reformado a sentença, mesmo que parcialmente.

### **8.5 Mandado de segurança.**

É entendimento sumulado no Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 597 que "*Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.*"

Nesta mesma linha, no Superior Tribunal de Justiça há a Súmula 169 que reza que "*São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.*"

Conforme acima descrito o entendimento dos Tribunais Superiores torna difícil à argumentação em sentido contrário, tendo em vista que esses são os Tribunais que decidem em última instância as matérias constitucionais e as causas relativas a violação de Lei Federal.

Em verdade, a própria Lei que disciplina o mandado de segurança que é a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, no seu artigo 25, abaixo transcrito, proíbe a interposição de embargos infringentes de acórdão proferido em mandado de segurança:

*Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.*

Por apropriado, cabe ainda mencionar que a legislação anterior que disciplinava o cabimento do mandado de segurança não proibia expressamente sua interposição, assim como o Código de Processo Civil, e em consequência da falta de previsão na legislação específica havia uma corrente, minoritária que entendia ser possível o cabimento de remédio constitucional.

Nesse entendimento, havia a Ementa proferida no Recurso Especial nº 131.608 – RS, proferida pela Quinta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro Felix Fischer, por unanimidade de votos, **verbo ad verbum**:

*PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO POR MAIORIA. RECURSO ESPECIAL. ESGOTAMENTO DE INSTANCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUM. 281/STF.*

*- HAVENDO DECISÃO POR MAIORIA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA, DEVERIA A PARTE, ANTES DE INTERPOR RECURSO ESPECIAL, ESGOTAR OS RECURSOS ORDINARIOS CABIVEIS NA INSTANCIA DE ORIGEM - "IN CASU", OS EMBARGOS INFRINGENTES.*

*- APLICAÇÃO DA SUM. 281/STF.*

*- RECURSO NÃO CONHECIDO.(Publicado no DJ em 11 de maio de 1998).*

Entretanto, com o advento da Lei 12.016, de 2009, tudo leva a crer, que não cabem infringentes de acórdão proferido em mandado de segurança.

Muito embora, alguns doutrinadores, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade entendem serem cabíveis os embargos infringentes, uma vez que as normas do Código de Processo Civil se aplicam subsidiariamente os procedimentos especiais, no que não lhe for contrário.

## **9. RECURSO DE ADESÃO**

Ao haver sucumbência recíproca no julgamento da apelação, reformada a sentença de mérito de primeiro grau, sem unanimidade, com votos minoritários favoráveis a uma das partes, pode ocorrer que uma só parte interponha embargos infringentes no prazo legal.

Nesta hipótese, fica assegurada ao embargado a possibilidade de aderir, pelo disposto no artigo 500 do Código de Processo Civil, ao recurso do adversário para pleitear em seu próprio benefício à reforma do acórdão, nos termos do voto vencido que o favorecia.

O prazo para a interposição de embargos infringentes adesivos é o da resposta, de acordo com o que reza o parágrafo 1º do artigo 500 do CPC, sem que se exija simultaneidade na prática dos dois atos.

Os embargos infringentes adesivos devem ser interpostos perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, isto é, o relator do acórdão embargado.

Caso o relator não venha a admitir os embargos adesivos, caberá contra essa decisão o agravo previsto na forma do artigo 532 do Código de Processo Civil: *“Art. 532. Da decisão que não admitir os embargos caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão competente para o recurso.”*

E ainda, é obrigatório que se abra vista ao litigante adverso, para que responda aos embargos infringentes adesivos pelo prazo de 15 (quinze) dias. Pelo princípio da igualdade das partes, à semelhança aos embargos principais.

## **10. PREPARO DOS EMBARGOS INFRINGENTES.**

O Código de Processo Civil, hoje, silencia quanto à exigência do preparo no caso de interposição de embargos infringentes. Entretanto, isso não quer dizer não é devido.

Em termos genéricos, o ponto ficou reservado na forma da legislação pertinente, consoante determina o artigo 511 do CPC, a seguir transcrito, **ipsis litteris**:

*Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.*

Sendo assim, onde quer que se exija o preparo, ele deve ser feito antecipadamente e comprovado no ato da interposição dos embargos infringentes. O descumprimento em tal ordem acarreta a deserção, que deve ser declarada pelo relator do acórdão embargado, ou pelo órgão julgador do recurso, conforme artigo 531 do Código de Processo civil.

Importante esclarecer que não há deserção na hipótese de a legislação pertinente ou do regimento interno do tribunal julgador não exigir o recolhimento de preparo.

Cabe ainda informar que, os embargos infringentes não estão sujeitos a preparo no STJ (*RISTJ 112*) porém, no STF há a necessidade de preparo (*RISTF 335 §§2º e 3º*).

Diante do exposto acima, o preparo dos embargos infringentes depende da instância em que forem interpostos, do tribunal, etc. Pois não há regra.

## 11. A INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DOS RECURSOS PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES.

O principal efeito dos recursos sempre foi o de impedir o trânsito em julgado da decisão, por isso, toda vez que o acórdão apresentar parte unânime e parte não unânime e sobre esta última parte ser interposto embargos infringentes, impõe-se ao vencido, se assim pretender interpor, imediatamente, recurso especial ou extraordinário no que se refere a parte unânime e conseqüentemente, impedir o trânsito em julgado, em que pese a apreciação do recurso extraordinário e especial restasse postergada para após o julgamento do recurso dos embargos interponíveis, na forma das Súmulas nºs 354 e 355 do Egrégio Superior Tribunal Federal, **verbatim:**

### **SÚMULA Nº 354**

*EM CASO DE EMBARGOS INFRINGENTES PARCIAIS, É DEFINITIVA A PARTE DA DECISÃO EMBARGADA EM QUE NÃO HOUVE DIVERGÊNCIA NA VOTAÇÃO.*

### **SÚMULA Nº 355**

*EM CASO DE EMBARGOS INFRINGENTES PARCIAIS, É TARDIO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS, QUANTO À PARTE DA DECISÃO EMBARGADA QUE NÃO FORA POR ELES ABRANGIDA.*

Isto porque, da decisão dos embargos infringentes pelo órgão competente, em regra o grupo de câmaras, poderia também caber recurso

extraordinário, com o que todo o material recorrível seria remetido para os tribunais superiores de uma só vez.

Ocorre, entretanto, que essa suposta celeridade revelava-se irracional, porque é onerosa para o vencido, que a um só tempo tinha que interpor recursos com pressupostos e finalidades totalmente diferentes e conforme o resultado obtido nos infringentes poder-se-ia alterar a expectativa do recorrente.

Tudo isso vez com que o legislador trouxesse uma inovação de notável cunho prático, conforme ensina o eminente Ministro Luiz Fux, **verbo ad verbum**:

*Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgado unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos. A partir desse momento inicia-se o prazo para a interposição dos recursos extraordinário e especial endereçados contra a parte unânime originária e contra o resultado do julgamento dos embargos. (Luiz Fux, 2008).*

Sendo assim, unificaram-se os prazos e por isso não corre o lapso temporal para os recursos de competência dos tribunais superiores, entendendo-se desta maneira o termo “sobrestado” utilizado pelo novel dispositivo.

## **12. PROJETO DE LEI DO SENADO PLS 166, DE 2010 NO QUE SE REFERE AOS RECURSOS EM GERAL**

No Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil, não prevê o cabimento de embargos infringentes em nenhuma hipótese, muito provavelmente porque o que se pleiteia com esse projeto é diminuir os recursos cabíveis, e com isso tornar mais rápida a prestação jurisdicional, a fim de invocar o princípio da celeridade aos processos.

### **13. CONCLUSÃO**

A discussão a respeito da manutenção do recurso de embargos infringentes é grande entre os juristas, conforme já dito no decorrer de todo o trabalho, inúmeros são os juristas que pleiteiam sua retirada do processo brasileiro, por acreditarem que os embargos infringentes apenas contribuem com a morosidade do judiciário.

Conclui-se diante de todo o exposto, que os embargos infringentes têm a finalidade de propiciar a correta aplicação do direito material e garantir maior segurança jurídica às decisões de mérito.

Como se pode constatar, os embargos infringentes é o recurso oposto contra acórdão proferido em grau de apelação e de ação rescisória, quando houver reforma da decisão por maioria de votos, não unânime.

Essa é a regra, entretanto, como já explicado nos tópicos anteriores, tem o seu cabimento autorizado em algumas situações especiais, como no mandado de segurança por exemplo.

No que se refere à questão da remessa de ofício, que alguns juristas entendem que não se trata propriamente de recurso, por não ser voluntário; entretanto, faz às vezes de recurso de apelação, possuindo em sua essência a possibilidade de se propiciar um reexame do que foi decidido.

Por isso, é possível o cabimento dos embargos infringentes contra acórdão que julga remessa de ofício.

No que tange ao cabimento dos embargos infringentes em hipóteses de decisão proferida em sede de agravo de instrumento e agravo retido, concluiu-se que é possível, desde que se trate de decisão de mérito, proferida por maioria de votos.

Há que se dizer, ainda, que com a atual redação do art. 530 do Código de Processo Civil, não basta apenas o voto por maioria no acórdão para a interposição do recurso infringente, deve haver também a reforma da sentença ou a procedência da ação rescisória.

Outro ponto muito debatido pela doutrina e jurisprudência é o que se refere à modificação trazida no art. 530 do CPC, que versa sobre a expressão "*em grau de apelação*", uma vez que diferentemente do que pretendia o legislador, a

expressão acima referida nos leva a crer que os embargos infringentes tiveram as suas hipóteses de cabimento estendidas a todos os recursos julgados em grau de apelação, e não somente ao recurso de apelação.

Questão também muito debatida foi à modificação do artigo 162, que traz agora à expressão "*sentença de mérito*".

Já no que diz respeito à ação rescisória, deve-se distinguir dentre aquelas que possuem por condão apenas a rescisão do julgado e aquelas que possuem, além dessa característica, o pedido de novo julgamento pelo Tribunal competente.

No primeiro caso, são cabíveis os embargos infringentes quando a mesma for julgada procedente.

No tocante ao procedimento dos embargos infringentes tivemos uma grande e importante modificação no juízo de admissibilidade feito pelo relator do acórdão embargado, tendo em vista que pela nova redação, a admissibilidade somente será analisada após a juntada das contra-razões do embargado, pois desta forma o relator terá maiores e melhores condições de analisar a existência ou a falta dos pressupostos recursais.

Por fim, calha mencionar, que é primordial observar o disposto nos artigos 533 e 534, ambos do Código de Processo Civil, que transfere para os Regimentos Internos dos Tribunais as normas atinentes ao processamento dos embargos infringentes, como a questão da escolha de novo relator e as normas pertinentes ao preparo.

## 14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.*

ASSIS, Araken de. *Embargos Infringentes NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outras formas de impugnação às decisões judiciais, vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.*

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Vol. II, 16ª Ed, Rio de Janeiro: lúmen júris, 2008.*

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *Embargos Infringentes – recentes modificações. In. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.*

DIDIER JUNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Processo Civil. 3ª Ed, vol. 3, Salvador: Jus Podium, 2007.*

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo. 13 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.*

FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.*

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*, 16ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13429>, disponível em agosto de 2009, acesso em 18 de julho de 2010.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4899>, disponível em dezembro de 2003, acesso em 18 de julho de 2010.

<http://www.conjur.com.br/2012-fev-27/projeto-alternativo-alteracao-cpc-retira-mudancaspolemicas>, disponível 27 de fevereiro de 2012, acesso em 8 de maio de 2012 às 16:07.

<http://jus.com.br/revista/texto/919/embargos-infringentes-um-recurso-desnecessario>, disponível dezembro de 1999, acesso em 4 de janeiro de 2013 às 14:36.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=531789>, disponível na Câmara, acesso em 4 de janeiro de 2013 às 15:03.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Código de processo civil comentado por artigo*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 2ª tiragem, folhas 203 e 490.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, Julgamento antecipado e Execução imediata da sentença*. 4ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. 39ª edição do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 2007, folhas 655.

NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Mario Henrique Cavalcanti Gil. A evolução da Execução de Sentença no Direito Processual Civil e o Novo Regime Jurídico das Sentenças Após a Reforma Implementada pela Lei nº 11.232/2005. In Revista da AGU – Advocacia Geral da União, Ano VIII, N. 19, Brasília, DF, 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e as questões de ordem pública de natureza processual. In Revista de Processo, São Paulo, v. 17, n. 67, 1992.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à nova sistemática processual civil 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes). In Revista de processo – Repro, ano 34, n. 171, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.