

NOVAS VICISSITUDES DOS EMBARGOS INFRINGENTES*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ

1. Complexa e sinuosa tem sido, ao longo do tempo, a trajetória dos embargos infringentes. Estamos diante de figura peculiar ao direito luso-brasileiro, que em certa época tinha fisionomia bifronte: havia os embargos oponíveis à execução da sentença e os embargos destinados a impugnar sentenças ainda não transitadas em julgado. Somente desta segunda espécie, de natureza recursal, é que nos ocuparemos aqui. E, para não irmos muito longe, vamos limitar-nos ao período em que a União assumiu a competência exclusiva para legislar sobre direito processual, nos termos da Constituição da República de 1934¹.

Tal competência, diga-se logo, a União a exerceu de maneira fragmentária. Não editou um Código de Processo Civil para todo o país, o qual somente surgiria em 1939, já sob outra Constituição; cingiu-se a normas esparsas, relativas a assuntos específicos. Dessa legislação interessa-nos a Lei nº 319, de 25.11.1936, que disciplinou os recursos cabíveis contra as decisões finais das então denominadas Cortes de Apelação e suas Câmaras. Vale a pena transcrever o respectivo art. 5º: “Os acórdãos nos julgamentos de apelações cíveis e de agravos constituem decisões de última instância sempre que, proferidos por unanimidade de votos, confirmem as decisões recorridas, exceto nas causas de valor superior a 20 contos de réis. Parágrafo único. Quando não houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo, caberão embargos de nulidade e infringentes do julgado, para julgamento pelo tribunal competente, nos termos da lei da organização judiciária”.

* Trabalho em homenagem ao Ministro (STJ) Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹ Para dados relativos à época anterior, *vide* PONTES DE MIRANDA, **Embargos, prejudgado e revista**, Rio de Janeiro, 1937, p. 94 e segs.; MONIZ DE ARAGÃO, **Embargos infringentes**, 2ª ed., S.Paulo, 1974, p. 37 e segs.; MARCOS AFONSO BORGES, **Embargos infringentes**, 3ª ed., Goiânia, 1998, p. 23 e segs.

A redação não era um primor de clareza. Chama a atenção o fato de que no parágrafo não se via referência ao tópico da unanimidade (ou não unanimidade) na votação. A doutrina mais autorizada, porém, mediante interpretação sistemática, firmou o entendimento de que, para caberem os embargos, era necessário e suficiente que a decisão recorrida preenchesse um dos dois requisitos: não ser conforme à de grau inferior *ou* resultar de votação não unânime. Exceção a essa regra era a das decisões em causas de valor superior a 20 contos de réis, *sempre* embargáveis².

Seja como for, assumiam relevância, na aferição do cabimento dos embargos: *a*) tratar-se de acórdão proferido no julgamento de apelação ou agravo; *b*) não ter ocorrido nesse julgamento unanimidade de votos; *c*) haver o acórdão reformado a decisão recorrida; *d*) ainda quando ausentes os requisitos *b* e *c*, ter a causa valor superior a 20 contos de réis. Esses pontos permaneceriam relevantes no direito posterior: a história dos embargos girou, com efeito, em torno de quatro eixos: a decisão impugnada, a ocorrência de dissídio no julgamento, a conformidade ou desconformidade dele com a decisão anterior e o valor da causa.

2. Quanto à posição assumida, no particular, pelo Código de Processo Civil de 1939, cabe, antes de mais nada, uma observação terminológica. No art. 808, que enumerava os recursos em tese admissíveis, falava o inciso II em “embargos de nulidade ou infringentes do julgado”. O art. 833, que tratava do cabimento do recurso, preferia aludir a “embargos de nulidade e infringentes do julgado”. Voltava a aparecer a conjunção “ou”, em vez de “e”, no art. 839, atinente a caso especial, o das “sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis”: nelas, o recurso em foco substituía a apelação. As diferenças de redação provocaram dúvidas e controvérsias doutrinárias, que todavia não conduziram a resultado útil. Ao que parece, a preferência ora por uma, ora por outra conjunção não refletia diferença substancial.

Vale a pena registrar que, no mesmo ano de 1939, a reforma do processo civil português aboliu o recurso. A partir daí, ele se tornou uma peculiaridade exclusiva do direito brasileiro, onde, por sinal, sua disciplina

² Assim, PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 123 e segs. Consoante se lê na pág. 123, “é de mister, para que embargos caibam, em se tratando de causas de valor até vinte contos de réis, que o acórdão haja reformado a sentença final de primeira instância, *ou* que, se a confirmou, algum voto tenha divergido (sem grifo no original). E na pág. 125: “Tratando-se de causas de valor superior a vinte contos de réis, qualquer que seja o sentido do acórdão e a votação, cabem embargos”.

viria a sofrer sucessivas alterações, principalmente entre os anos de 1940 e 1946. Por força do Dec. nº 8.570, de 8.1.1946, assim passou a soar o art. 833: “Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Não se aludia aí à dupla conformidade, diversamente do que ocorria na redação originária do dispositivo (“... quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença”), nem ao valor da causa, que viria a importar exclusivamente para o cabimento de embargos contra sentenças de primeira instância (art. 839).

Doravante só nos ocuparemos dos embargos interponíveis contra acórdãos; mas, para complementar os dados essenciais relativos aos cabíveis em grau inferior de jurisdição, aqui ficam algumas observações. Os embargos do art. 839 subsistiram até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973; e, em substância, sobreviveriam à grande reforma daquele ano, caso houvesse vingado a proposta do anteprojeto do Professor ALFREDO BUZAID, que os contemplava no art. 561, como cabíveis em causas de valor igual ou inferior ao quádruplo do salário mínimo vigente na sede do juízo.³ Diplomas posteriores criaram remédios análogos: assim o art. 4º da Lei nº 6.825, de 22.9.1980 (revogada pela Lei nº 8.197, de 27.6.1991) e o art. 34 da Lei nº 6.839, daquela mesma data. Este último dispositivo continua em vigor, se bem que de escassíssima aplicação no foro, porque praticamente inexistentes as execuções fiscais de valor inferior ao fixado no respectivo texto. Podemos, pois, *commoditatis causa*, prescindir, no que se segue, desses casos especiais.

3. O Código de 1973 manteve o recurso em foco, sob a denominação (desacompanhada de complemento) de “embargos infringentes”. Essa manutenção foi de certo modo surpreendente. O anteprojeto BUZAID pusera de lado os embargos, salvo, já se averbou, como recurso cabível, em vez da apelação, contra decisões proferidas nas causas de pequeno valor. Na Exposição de Motivos, dizia-se que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo

³ ALFREDO BUZAID, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, item 35 da Exposição de Motivos, p. 36.

juízo subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”. A Comissão Revisora, por sua vez, nenhuma sugestão fizera no sentido de se restabelecerem os embargos na instância superior. No projeto definitivo, porém, reapareceu o recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180°.

Note-se que doutrina de peso, antes e depois desse episódio, opinou contrariamente à solução adotada pelo estatuto de 1973⁴. Nas três primeiras edições de nossos **Comentários ao Código de Processo Civil**, enfileiramo-nos entre os que se opunham à subsistência dos embargos infringentes. A experiência judicante, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 1978 a 1992, levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que, mantido o recurso, apenas se lhe restringisse o cabimento. E sugerimos a exclusão de certos casos: o de manifestar-se divergência só no julgamento de preliminar, ou no de apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1973, antes do Dec.-lei nº 8.570. Nossas sugestões foram acolhidas pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, que modificou, entre outros dispositivos, o art. 530 do Código de Processo Civil.

4. Tratemos, então, de analisar o novo texto. A segunda parte (“Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”) em nada se afasta da que vigia antes da reforma, razão pela qual nela não nos deteremos. A redação da primeira passou a ser a seguinte: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”. Conforme logo se vê, dois pontos remanescem do regime anterior: *a*) suscetíveis de impugnação por meio de embargos infringentes

⁴ Assim, MENDONÇA LIMA, “Os recursos no Anteprojeto do Código de Processo Civil”, in **Rev. dos Trib.**, v. 386; MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 61. De resto, o próprio autor do Anteprojeto, em escrito anterior, se manifestara pela supressão dos embargos: *vide* ALFREDO BUZAID, “Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil”, in **Estudos de Direito**, v. I, S.Paulo, 1972, p. 108/111. Vale registrar que desse trabalho se mutuou, com ligeiríssimas alterações de redação, o passo da Exposição de Motivos transcrito em a nota 3, *supra*.

são, unicamente, acórdãos proferidos no julgamento de apelação ou de ação rescisória; *b*) é mister que a decisão não haja sido unânime.

No tocante a *a*, parecem-nos bem fundadas as seguintes proposições: equiparam-se aos acórdãos em apelação ou em ação rescisória os que julguem agravos internos (ditos “regimentais”) contra pronunciamento de relator, de teor equivalente ao do eventual julgamento da própria apelação ou da própria rescisória; não são embargáveis, como já não o eram, as decisões concernentes a agravo retido, que é recurso *distinto*, conquanto se julgue na mesma ocasião da apelação; podem ser embargáveis, ao contrário, as tomadas no reexame da causa em quaisquer hipóteses de duplo grau obrigatório de jurisdição; quanto ao julgamento de embargos de declaração (ponto a que voltaremos no item 8, *infra*), devem admitir-se os infringentes desde que neles se cuide de matéria pertinente à apelação ou à rescisória. No que tange a *b*, reiteramos o entendimento de que a divergência na votação se apura pela *conclusão* do pronunciamento, não pelas *razões* que invoque para fundamentá-lo; de que basta que algum membro do colegiado emita voto *diferente* (pelo prisma quantitativo ou qualitativo) dos outros, não sendo exigível que vote no sentido *oposto*; de que o desacordo pode verificar-se (com as restrições apontadas abaixo, no item 5) em qualquer dos pontos sobre que se haja de decidir no julgamento da apelação ou da ação rescisória, atendido sempre, ocioso ressaltar, o disposto na segunda parte do art. 530 acerca da delimitação do âmbito dos embargos quando parcial a divergência⁵.

Focalizemos agora mais de perto as principais características do instituto, sublinhando as inovações mais salientes trazidas pela Lei nº 10.352. Há que distinguir, aqui, entre a embargabilidade de acórdão proferido em grau de apelação e a embargabilidade de acórdão proferido no julgamento de ação rescisória. Cumpre tratar separadamente de cada uma dessas situações.

5. Principia o art. 530 por enunciar os pressupostos do cabimento de embargos (a par da existência de dissídio no julgamento) quando se cuidar de acórdão proferido em grau de apelação. Os pressupostos são os seguintes: *a*) que a sentença apelada haja sido *de mérito*; *b*) que o órgão de segundo grau a tenha *reformado*. A locução “sentença de mérito” aplica-se precipuamente ao ato pelo qual, no processo de conhecimento, se acolhe

⁵ Sobre todos esses tópicos, extensamente e com abonações de doutrina e jurisprudência, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 9ª ed, Rio de Janeiro, 2001, p. 516 e segs. Ressalve-se que, em mais de um lugar, o que então escrevemos teria hoje de ser revisto, à luz da Lei nº 10.352.

ou se rejeita o pedido - ou, o que é dizer o mesmo, se julga a lide, que justamente por meio do pedido se submeteu à cognição judicial. Registre-se que, em certos casos, a lide pode ser julgada paulatinamente, em mais de uma etapa: assim, por exemplo, na ação de prestação de contas *ex art. 914, nº I*, na qual se concebe que o juiz profira *duas* sentenças, ambas de mérito⁶.

É certo que o art. 269 arrola cinco hipóteses de extinção do processo “com julgamento de mérito”. A rigor, porém, a do inciso IV subsume-se na do inciso I, pois, quando o órgão judicial pronuncia a decadência ou a prescrição, sem dúvida *rejeita* o pedido, declara-o improcedente. Quanto às três restantes (incisos II, III, V), não existe nelas propriamente *julgamento*, e o denominador comum ao pronunciamento do juiz nesses casos e à decisão que na verdade acolhe ou rejeita o pedido consiste na aptidão de ambos para adquirir a autoridade da coisa julgada no sentido material.

No processo de execução, não há, em princípio, “mérito” que deva ser julgado; mas podem surgir sentenças de mérito em processos cognitivos incidentes, ou “embutidos” na execução: um exemplo é o da que julgue procedentes ou improcedentes os embargos do devedor. Já no que respeita ao processo cautelar, não parece impróprio falar de “mérito”, por oposição às preliminares referentes a matéria puramente processual ou às condições do regular exercício da ação cautelar. É evidente que esse “mérito” não se confunde com o do processo principal, a que acede o cautelar; guardada a distinção, contudo, pode-se dizer que o juiz profere “sentença de mérito” sempre que defere ou indefere a providência acautelatória pleiteada, por entender satisfeitos ou não, respectivamente, os seus pressupostos⁷.

Para *reformular* a sentença - quase supérfluo notar - é indispensável que o tribunal haja *conhecido* da apelação e não tenha encontrado na decisão vício que a *invalida*. Se não conheceu da apelação, por lhe faltar algum requisito de admissibilidade, o órgão de segundo grau não chegou a apreciar-lhe o mérito, nem, por conseguinte, podia examinar se fora correta ou incorreta a sentença apelada. Se, conhecendo-se da apelação, se apurou que a sentença continha vício invalidante (por exemplo: incompetência absoluta do juízo *a quo*, julgamento *extra petita*), a única via aberta ao tribunal seria a de

⁶ Cf. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 335 e segs., espec. 344/6, 351.

⁷ Para indicações de doutrina e jurisprudência, *vide* BARBOSA MOREIRA, *ob. e vol. cit.*, p. 113, nota 32.

anular a decisão - o que de modo nenhum se identifica com *reformá-la*. Por outro lado, nada importa que no julgamento da apelação se haja rejeitado o pedido que o juiz acolhera, ou acolhido o que ele rejeitara. Caso a sentença haja sido reformada *em parte*, unicamente em relação a essa parte poderão caber embargos.

6. Seja-nos permitida, neste ponto, breve digressão. Atenta a aplicabilidade subsidiária das normas do Código aos procedimentos regidos por leis especiais, é fora de dúvida o cabimento dos embargos contra acórdão não unânime que reforme sentença proferida em qualquer desses feitos, salvo regra expressa em contrário ou incompatibilidade manifesta com o sistema da lei especial. Reafirmamos aqui nossa posição no tocante ao julgamento de apelação em processo de mandado de segurança, hipótese em que ao nosso ver os embargos são cabíveis, se bem que o Supremo Tribunal Federal e, na sua esteira, o Superior Tribunal de Justiça se hajam fixado na tese oposta⁸.

Não convence o argumento que se pretende extrair, para negar o cabimento, do fato de silenciarem acerca dos embargos infringentes a Lei nº 1.533, de 31.12.1951, e as restantes atinentes à matéria: tampouco se vê aí referência aos embargos de declaração, que nem por isso podem deixar de admitir-se quando se queira fazer dissipar obscuridade, resolver contradição ou suprir omissão em decisão relativa a mandado de segurança. O art. 12 da Lei nº 1.533, que diz cabível, no *caput*, apelação contra a sentença que denegue ou conceda o *writ*, não indica particularidade alguma que se deva observar na disciplina desse recurso, a não ser a constante do parágrafo único, segundo o qual a sentença concessiva do mandado fica sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, embora possa desde logo ser provisoriamente executada. No mais, incidem as regras codificadas, v.g. as relativas ao prazo e à forma de interposição. Ainda menos persuasiva é a invocação do art. 19 da Lei nº 1.533, onde se manda aplicar ao processo do mandado de segurança os artigos do Código que regulam o litisconsórcio. É evidente que tal dispositivo visa apenas a deixar clara a solução de uma determinada questão processual, sem que seja lícito ao intérprete buscar apoio no princípio *inclusio unius, exclusio alterius*, para sustentar que *nenhuma outra* disposição do texto codificado seja aplicável a tal processo: a ser assim, como se regulariam nele os prazos, as nulidades e outras tantas matérias a que tampouco faz menção a Lei nº 1.533?

⁸ Súmula da Jurisprudência Predominante do STF, nº 597; do STJ, nº 169.

Conquanto não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, a providência de que trata o art. 475, razões de ordem sistemática justificam a aplicabilidade do art. 530 quanto a acórdãos proferidos, por maioria de votos, no reexame necessário *ex vi legis*, sempre que o tribunal reforme a sentença. É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória - o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, omitir-se do que apelar ⁹.

7. Passemos ao cabimento dos embargos contra acórdão proferido em ação rescisória. O julgamento desta, como se sabe, comporta desdobramento em duas ou em três etapas, conforme a hipótese. Primeiro, o tribunal deve examinar a *admissibilidade* da ação, verificando se estão presentes os pressupostos gerais - se a decisão rescindenda é de mérito e transitou em julgado (art. 485, *caput*) - e ao menos um dos pressupostos específicos, isto é, se o autor baseia seu pedido em algum dos fatos contemplados nos vários incisos do art. 485. Sendo admissível a ação, há que examinar-lhe o mérito, a começar pela averiguação da efetiva ocorrência do(s) pressuposto(s) específico(s) invocado(s): é o que se denomina *iudicium rescindens*. Não provada tal ocorrência, o tribunal declara improcedente o pedido de rescisão, e com isso encerra-se o julgamento. No caso contrário, apresenta-se uma de duas possibilidades: ou a rescisão é suficiente para exaurir a tutela a que faz jus o autor (v.g., o fundamento apontado consistiu na ofensa à coisa julgada de decisão anterior - art. 485, nº IV); ou, com maior freqüência, há lugar para o rejuízo da matéria que fora objeto da decisão rescindida. Na primeira hipótese, não se ultrapassa o plano do *iudicium rescindens*; na segunda, chega-se ao chamado *iudicium rescissorium*, no qual, se ainda satisfeitos os requisitos, o tribunal se pronuncia sobre o mérito da causa antecedente, e sua decisão substitui a rescindida, ainda que não fique excluída *a priori* a eventualidade de que a nova decisão coincida, na substância, com a outra. O *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium* situam-se ambos no terreno do *mérito da ação rescisória*.

⁹ Aqui também remetemos o leitor, para referências doutrinárias e jurisprudenciais, ao nosso volume de **Comentários**, p. 520, nota 9.

Antes da Lei nº 10.352, a ausência de unanimidade em qualquer dessas etapas bastava para o cabimento de embargos infringentes. Podia acontecer que a decisão do tribunal fosse tomada por simples maioria quer no juízo de admissibilidade, quer no *iudicium rescindens*, quer - se a ele se chegava - no *iudicium rescissorium*. Concebia-se, portanto, que viessem a tornar-se cabíveis embargos atinentes a mais de uma dessas etapas, e que a parte habilitada a interpô-los nem sempre fosse a mesma.

Hoje, não é assim. Antes de mais nada, cumpre que o tribunal tenha julgado *procedente* a rescisória, o que obviamente só é possível caso se haja superado o juízo de admissibilidade. Divergência na votação sobre a admissibilidade jamais servirá de fundamento idôneo para embargos, seja na hipótese de julgar-se admissível a ação, seja na de julgar-se inadmissível. Mais do que nunca, faz-se relevante a distinção entre o juízo de admissibilidade e o julgamento do mérito da rescisória; e é imprescindível que, na colheita dos votos, se evite qualquer confusão entre ambos. Tenha-se em mente que, para ser admissível a ação, basta que o autor, ao pleitear a rescisão da sentença de mérito trânsita em julgado, *invoque* uma (ou mais) das causas de rescindibilidade arroladas nos incisos do art. 485; quando se trata de apurar se a causa invocada realmente se configurou, então se passa ao *iudicium rescindens*, que já diz respeito, insista-se, ao *mérito* da rescisória.

Se o tribunal decidir que a sentença rescindenda na verdade contém o vício alegado pelo autor, este será vitorioso no *iudicium rescindens*: a rescisória, nessa medida, terá sido julgada *procedente*. Unânime que seja a decisão, não haverá que cogitar de embargos; no caso contrário, o acórdão poderá ser embargado pelo réu. Na hipótese de passar-se ao *iudicium rescissorium*, se a causa for re julgada em sentido favorável ao autor, mas sem unanimidade, também se abrirá ao réu a possibilidade de embargar. Concebem-se, pois, em tese, embargos do réu concernentes ao *iudicium rescindens*, relativos ao *iudicium rescissorium* e referentes a ambas essas etapas do julgamento do mérito da rescisória. O que não se concebe é que o autor possa embargar a decisão, já que constitui pressuposto do cabimento do recurso a *procedência* da rescisória.

8. Convém reiterar e esclarecer melhor o que já ficou dito acima sobre o caso de serem oferecidos e acolhidos embargos *de declaração* ao acórdão proferido na apelação ou na ação rescisória. Também aí é possível que se manifeste divergência na votação. Se isso acontecer em relação a alguma obscuridade, omissão ou contradição porventura existente no mencionado

acórdão, o julgamento dos embargos de declaração *incorpora-se* ao da apelação ou ao da rescisória; portanto, satisfeitos os outros pressupostos, poderão caber embargos infringentes. Não é inconcebível, por exemplo, que, justamente ao suprir omissão, o tribunal, por maioria de votos, reforme em parte a sentença apelada: quando se julgara a apelação, deixara-se de apreciar algo da pretensão do apelante, e agora se lhe dá razão nesse ponto, provendo-se aí o recurso. É inegável o cabimento dos embargos infringentes, ao menos no tocante àquilo que, no julgamento dos embargos de declaração, se decidiu em sentido contrário ao da sentença apelada.

Mudam as coisas de figura, é óbvio, caso a divergência se manifeste em questão estranha ao julgamento da apelação ou da rescisória. Se, v.g., não se conhece dos embargos de declaração, por intempestivos, a existência de voto vencido, que deles conhecia, não abre margem a embargos infringentes. A matéria decidida é completamente distinta da que se apreciara no julgamento da apelação ou da rescisória; o novo acórdão nada pode haver reformado da sentença apelada, nem julgado precedente, mesmo em parte, o pedido de rescisão.

9. Até aqui nos ocupamos do novo regime dos embargos infringentes no que toca ao cabimento do recurso. A Lei nº 10.352 não se limitou, entretanto, a essa área: modificou igualmente, em mais de um ponto, a disciplina do respectivo procedimento. Ponto de que não cuidou é a competência para o julgamento dos embargos; de resto, também era omissa a respeito o texto originário do Código. Algumas disposições sobre o assunto foram inseridas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979). No sistema atual, é nos regimentos internos dos tribunais que encontra sede própria o tratamento da matéria (Constituição da República de 1988, art. 96, nº I, letra *a*). A regulamentação pode até variar de um tribunal para outro, em função da estrutura de cada qual.

Passemos brevemente em revista, então, as mais salientes alterações procedimentais. Antes da Lei nº 10.352, a vista ao embargado, para oferecer sua impugnação, não era aberta senão após a escolha do novo relator (art. 534, *caput*, na redação primitiva), ainda que independentemente de despacho deste. Hoje, para começar, não é sequer obrigatório que os embargos tenham relator diferente daquele que redigiu o acórdão embargado. A possibilidade de que se mantenha o mesmo ressalta com clareza do disposto na parte inicial do art. 534, com a redação atual (“Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, ...”). É o regimento, pois, que disciplina o

assunto; mas, seja como for, a oportunidade para a resposta foi antecipada: “Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões” (art. 531, 1ª parte, na redação nova). E, oferecida a resposta, ou decorrido *in albis* o prazo, é ao relator *do acórdão embargado* que vão os autos, para o exame da admissibilidade do recurso. A ele compete deferir ou indeferir liminarmente os embargos; nada importa, aí, que segundo o regimento se haja de escolher novo relator.

A nosso ver, justifica-se plenamente a inversão da ordem (primeiro, a resposta do embargado; depois, a decisão liminar sobre a admissibilidade). Com efeito, as contra-razões do embargado podem suscitar preliminares que talvez hajam passado despercebidas ao relator. É bom que este tome conhecimento da resposta antes de deferir ou indeferir o recurso. Tal como antes, o indeferimento sujeita-se à impugnação do embargante, por meio de agravo (art. 532, cuja redação não foi modificada pela Lei nº 10.352).

O novo teor do art. 533 (“Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal”) pode dar a impressão de que *toda* a matéria relativa ao processamento e ao julgamento do recurso tenha agora por sede *exclusiva* o regimento. É certo que a reforma levada a cabo pela Lei nº 10.352 quis ampliar o espaço deixado à atuação das normas regimentais: exemplo significativo dessa orientação, a que já nos referimos, está no fato de haver-se confiado ao regimento a opção entre manter, como relator dos embargos, o mesmo do acórdão embargado, ou determinar que se escolha outro. No entanto, percebe-se com facilidade que seria despropositado excluir por completo a incidência das disposições codificadas. Nenhum sentido teria, *v.g.*, supor que norma regimental pudesse dispensar a inclusão do recurso em pauta a ser publicada no órgão oficial, com a devida antecedência, como prescreve o art. 552, ou afastar a regra segundo a qual as questões preliminares serão resolvidas antes do mérito (art. 560). A nosso ver, o regimento sobrepõe-se às disposições do capítulo que se refiram, de maneira específica, aos embargos infringentes. Assim, *v.g.*, norma regimental pode suprimir a revisão, excluindo a incidência do art. 551, ou a expedição de cópias prevista no art. 553. Adite-se que, no silêncio do regimento, e até que ele disponha sobre tais assuntos, permanecem aplicáveis as regras do Código. Nada impede, aliás, que aquele as incorpore *expressis verbis*, ou se contente em fazer remissão a elas.

10. Não é propósito deste trabalho expor toda a disciplina dos embargos infringentes, nem examinar em profundidade as questões sugeridas pelo

respectivo texto, seja naquilo que remanesceu do anterior à Lei nº 10.352, seja nas inovações que ela trouxe. Quisemos apenas colocar em relevo os pontos que merecem maior atenção em mais um episódio da evolução do instituto, com tanta freqüência submetido à cirurgia legislativa.

Pouco razoável seria, no entanto, pôr aqui o ponto final sem formular uma interrogação. Nesta matéria, como em quase tudo, prognósticos são sempre arriscados. Tendo em vista, porém, a quantidade ponderável de modificações que a fisionomia do instituto sofreu ao longo dos anos, justifica-se ao menos uma conjectura sobre o sentido em que aponta a evolução e sobre o futuro que parece aguardar os embargos infringentes.

É praticamente impossível extrair dos antecedentes históricos conclusão segura acerca da trajetória dos embargos infringentes. A linha tem sido bastante sinuosa: oscila entre duas tendências contrapostas, ora ampliando, ora restringindo o campo de atuação do recurso. Não deixa de ter alguma relevância o fato de que, contrariando abalizadas sugestões doutrinárias (*vide, supra*, a nota 3 ao item 3), jamais vingou a idéia de pura e simplesmente aboli-lo. Já se registrou que o anteprojeto redigido por ALFREDO BUZOID optava por esse alvitre; mas, a despeito da aquiescência da Comissão Revisora, afinal se mantiveram os embargos infringentes, e com admissibilidade ampla. Igualmente significativa é a sorte do recurso ao longo das sucessivas reformas que incidiram nos últimos anos sobre o Código de Processo Civil. O Título X do Livro I vem constituindo um dos alvos prediletos das iniciativas reformadoras. Em menos da metade dos dispositivos aí contidos subsiste a redação originária; e, dentre os outros, não são poucos os que já passaram por mais de uma alteração. Acrescente-se que, como no caso do agravo de instrumento, a mudança foi às vezes mais radical que a operada na disciplina dos embargos.

A Lei nº 10.352, bem se sabe, originou-se de anteprojeto (que veio a converter-se no projeto nº 3.474/2000), da lavra de comissão de juristas constituída em 1991 para sugerir modificações no Código, tendentes a mitigar o problema da morosidade processual. Observe-se de passagem que no Brasil, quando se alude a tal problema, quase sempre se aponta - com boa dose de exagero, seja dito de passagem - a abundância de recursos como um dos fatores mais importantes, senão *o mais* importante, da duração excessiva dos pleitos. Pois bem: o relatório da comissão ao então Ministro da Justiça, incorporado à exposição de motivos do projeto nº 3.474/2000, revela que se receberam “sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua

extinção”. Não obstante, à comissão pareceu mais conveniente manter esse “meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”; apenas se reduziu o âmbito de cabimento dos embargos e se simplificou o respectivo procedimento.

Afigura-se pouco provável que, pelo menos a curto prazo, se volte a reformar a disciplina do recurso, e menos ainda que se chegue ao ponto de eliminá-lo. É evidente que diminuirá a freqüência com que aparece no movimento forense. A diminuição atingirá sobretudo o terreno dos embargos *adesivos*. Já eram eles incomuns mesmo antes da Lei nº 10.352; agora, *a fortiori*. Com efeito: para que haja sucumbência recíproca a ensejar a adesão, é preciso que, no julgamento de apelação, sempre por maioria de votos, o tribunal tenha *reformado* a sentença numa parte em proveito do autor, noutra em proveito do réu. Por exemplo: cumulados dois pedidos, *x* e *y*, o juiz acolhera o pedido *x* e rejeitara o pedido *y*, mas o órgão de segundo grau reformara em ambos os pontos a sentença, rejeitando *x* e acolhendo *y*. Trata-se, como é intuitivo, de hipótese que raramente se configurará. Quanto à ação rescisória, ainda nos casos de sucumbência recíproca, não haverá em hipótese alguma lugar para a adesão, pois o acórdão só poderá ser embargável naquilo em que julgou *procedente* o pedido.

Se das várias limitações ao cabimento dos embargos infringentes vai resultar, conforme se espera, redução sensível na duração dos processos, é algo que apenas será possível apurar mediante a colheita de dados objetivos no dia-a-dia do foro. Não é fácil tarefa, até porque, para proceder a uma comparação entre o antigo e o novo regime, seria indispensável que se dispusesse de elementos concretos, a cuja luz se aferisse em que medida os embargos, na versão anterior à Lei nº 10.352, contribuía para alongar os feitos em que eram interpostos. Esse, todavia, é um tipo de problema que, infelizmente, pouco se tem feito para enfrentar; mas de modo nenhum se limita à matéria objeto do presente trabalho, e não seria esta a sede própria para, ainda uma vez, discuti-lo. ◆