

# OS EMBARGOS INFRINGENTES E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA<sup>1</sup>

## EMBARGOES AND ISSUES OF PUBLIC INTEREST

Myllena de Carvalho Knoch<sup>2</sup>

Técnica Judiciária da 3ª Vara Federal Criminal;  
Especialista em Direito Público e Direito Privado - convênio Emerj-Unesa

### RESUMO

Analisa o recurso cível de embargos infringentes, suas hipóteses de cabimento e a discussão acerca das matérias que nele podem ser ventiladas, especialmente as questões de ordem pública, suscitadas pela primeira vez no processo ou decididas de forma unânime no recurso anterior de apelação.

### ABSTRACT

It examines the civil embargoes, its hypotheses and the discussion of what kind of matters can be ventilated, especially the issues of public interest.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil. Recursos cíveis. Embargos infringentes. Cabimento. Questões de ordem pública

**KEYWORDS:** Civil Procedure. Civil appeals. Embargoes. Hypotheses. Issues of public interest

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 Os embargos infringentes 3 As questões de ordem pública 4 A divergência doutrinária 5 A divergência jurisprudencial 6 Conclusão

## 1 Introdução

Este trabalho enfoca o recurso cível de embargos infringentes e a discussão a respeito das matérias que nele podem ser ventiladas, especialmente as questões de ordem pública.

Tanto os embargos infringentes quanto as questões de ordem pública são temas afetos ao Direito Processual Civil e são reflexos do princípio constitucional da ampla defesa.

Os embargos infringentes são, em regra, o recurso disponível quando o recurso anterior (apelação) ou a ação rescisória não tiverem julgamento unânime. A parte sucumbente interporá tal recurso, utilizando-se das conclusões do julgador que restou vencido.

<sup>1</sup> Enviado em 21/8, aprovado em 30/10, aceito em 4/12/2009.

<sup>2</sup> E-mail: myllena@jfrj.jus.br.

As questões de ordem pública, pela relevância que possuem, podem ser examinadas a qualquer momento e sem a necessidade de iniciativa da parte interessada.

Assim, há um aparente conflito entre as normas processuais. Enquanto uma prescreve que as questões de ordem pública podem ser debatidas a qualquer tempo, a outra determina que apenas as razões do voto vencido sejam examinadas no julgamento dos embargos infringentes.

Portanto, caso a questão de ordem pública não tenha sido abordada até o julgamento da apelação - ou, ainda que tenha sido, mas tenha merecido votação unânime -, poderá compor as razões dos embargos infringentes, mesmo não tendo sido parte do voto vencido?

Para responder a essa indagação, este artigo propõe-se a analisar se as questões de ordem pública podem ser suscitadas pela primeira vez no processo por meio de embargos infringentes, uma vez que o objeto deste é limitado ao voto vencido.

Em virtude dessa restrição, também se examinará se as questões de ordem pública podem ser arguídas no recurso mencionado, ainda que tenham sido objeto de um julgamento unânime.

O Código de Processo Civil (CPC) será a fonte primária deste trabalho, juntamente com a Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Serão perscrutados os artigos 273, § 3º, e 530 do CPC, bem como o artigo 5º, LV, da CF.

Buscar-se-á identificar as correntes doutrinárias e compará-las, além de apresentar orientação jurisprudencial majoritária.

São escassas as obras sobre o assunto e os poucos doutrinadores que sobre ele se debruçam divergem entre si. As decisões dos nossos tribunais oscilam entre um e outro entendimento e a legislação não é minudente a seu respeito.

A matéria tem ainda especial relevo social, na medida em que o cabimento ou não de um recurso reflete diretamente nos princípios da ampla defesa, da celeridade e da eficiência, que afetam o cidadão que depende do Poder Judiciário para fazer valer seus direitos.

## 2 Os embargos infringentes

O recurso cível de embargos infringentes, embora tenha origem no Direito português, permanece apenas na legislação brasileira. Por essa razão, é alvo de inúmeras críticas.

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

Lançada pelo magistrado de primeira instância sentença que resolva o mérito da causa, nos moldes do art. 269 do CPC, oportuniza-se à parte sucumbente o recurso de apelação, a ser julgado por três desembargadores. Caso apenas dois destes decidam

reformular a sentença, ficando o terceiro, que concordava com o magistrado *a quo*, vencido, haverá um empate. Dois magistrados terão concordado com a sentença tal como se encontra - o próprio que a proferiu e o que votou pela sua manutenção - e dois terão decidido modificá-la. Nesse momento, é cabível a interposição de embargos infringentes, para desempatar a questão. Serão julgados por cinco desembargadores e, ainda que por diferença de um único voto, uma das teses merecerá a maioria dos votos.

O mesmo raciocínio serve para a ação rescisória. Transitada em julgado uma determinada decisão e ajuizada ação para rescindi-la, o acórdão que julgar procedente tal ação estará promovendo um empate entre as teses jurídicas: aquela contida na decisão originária e aquela que culminou na sua desconstituição. Assim, os embargos infringentes alcançarão a maioria para uma das duas teses.

Melhor esclarece Alexandre Freitas Câmara, desembargador do TJ-RJ:

Vê-se, assim, que não basta que se tenha um acórdão não unânime proferido, em sede de apelação ou de “ação rescisória” para que seja admissível o recurso. Assim era, registre-se, antes da vigência da Lei nº 10.352/2001. Não é mais assim, porém, que funciona o sistema recursal brasileiro.

Em sede de apelação, só será cabível o recurso de que ora se trata se, no acórdão não unânime, tiver sido *reformada* a sentença de mérito. Assim sendo, nos casos em que - mesmo que por maioria - se anula sentença de mérito, se “confirma” tal sentença, se “confirma”, reforma ou anula sentença terminativa, o recurso não é mais cabível. (CÂMARA, 2007, p. 116)

Portanto, os embargos infringentes tratam de forma equânime os magistrados julgadores, sem considerar sua hierarquia. Talvez esse seja o motivo pelo qual sua manutenção no ordenamento pátrio receba tantas críticas. Afinal, diante da quantidade de recursos existentes, é difícil crer que um único recurso, julgado no mesmo tribunal de onde emanou a decisão recorrida, tumultue tanto o processo a ponto de violar o princípio da celeridade.

### 3 As questões de ordem pública

Tendo por vocação o desempate, os embargos infringentes somente poderão versar sobre a matéria controvertida - ou seja, sobre a qual os julgadores da apelação divergiram.

Se o desacordo foi total, toda a matéria será devolvida ao órgão que julgará os embargos infringentes; se parcial, apenas a matéria contida no voto vencido poderá ser suscitada nas razões desse recurso. É o que prescreve a parte final do art. 530 do CPC.

Essa regra confronta com aquela contida no art. 267, § 3º, o qual determina que as matérias constantes dos incisos IV a V desse mesmo artigo sejam conhecidas de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Tais matérias são chamadas de “questões de ordem pública”.

Os mencionados incisos tratam das condições da ação e dos pressupostos processuais, positivos e negativos.

As condições da ação são enumeradas no próprio dispositivo: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC). Da mesma forma os pressupostos processuais negativos: perempção, litispendência e coisa julgada (inciso V).

Os pressupostos processuais positivos, não enumerados pela legislação processual civil, são objeto de diferentes classificações, elaboradas pelos doutrinadores. Utilizaremos, por ora, aquela adotada por Alexandre Freitas Câmara: “a) um órgão estatal investido de jurisdição; b) partes capazes; c) uma demanda regularmente formulada” (CÂMARA, 1999, p. 201).

Embora sumariamente listadas, é visível a relevância das questões de ordem pública, que atendem mais ao interesse estatal e social - para que o direito de ação seja utilizado de forma escorreita - do que ao interesse das partes de solucionar a qualquer custo suas desavenças.

Por não se limitarem ao âmbito *inter partes*, as questões de ordem pública mereceram a regra insculpida no art. 267, § 3º, do CPC: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Dessa forma, podem ser conhecidas e analisadas pelo magistrado, ainda que nenhuma das partes as suscite, e em qualquer fase processual, desde que antes de proferida a sentença ou o acórdão, quando o órgão julgador haverá exaurido sua função jurisdicional.

#### 4 A divergência doutrinária

Há um aparente conflito entre a norma contida no art. 267, § 3º, do CPC e a encerrada no art. 530 do mesmo código.

Este dispositivo limita as matérias que podem ser ventiladas nos embargos infringentes àquelas compreendidas no voto vencido. A conclusão que se chega, a princípio, é a seguinte: se a questão de ordem pública não tiver sido objeto da divergência e não compuser o voto vencido, não podem os embargos infringentes versar sobre ela.

Todavia, as questões de ordem pública, por determinação do art. 267, § 3º, do CPC, devem ser conhecidas de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Qual dessas duas normas deve prevalecer? Nesse ponto, temos acirrada divergência doutrinária e jurisprudencial.

A primeira corrente tem como expoente o procurador de Justiça do MPESP, Nelson Nery Jr., que privilegia a relevância das questões de ordem pública em detrimento da especificidade do recurso.

Questão importante é aquela relativa às matérias de ordem pública que não foram objeto da divergência e que, portanto, não ensejariam os embargos infringentes. A indagação que se faz é se o tribunal pode manifestar-se sobre essas questões no julgamento dos embargos. A resposta deve ser afirmativa. Quando se tratar de questão de ordem pública, a cujo respeito não se exige iniciativa da parte e que não se sujeita à preclusão, deve o tribunal, no julgamento dos embargos infringentes, sobre ela pronunciar-se de ofício, nada obstante não tenha sido essa matéria objeto de divergência. Não por força do efeito devolutivo dos embargos, que no caso não ocorre, mas sim *ex vi* do efeito translativo, como veremos no item 3.5.4 *infra*. (NERY JR., 2000, p. 377)

Adiante, o autor minudencia o efeito translativo, que, a seu ver, possibilita o julgamento das questões de ordem pública mesmo em sede de embargos infringentes:

O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante as razões do recurso, estará julgando *extra, ultra* ou *citra petita*, conforme o grau e a qualidade do vício em que incorrer.

Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada nos arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC. [...]

O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso se dá pela atuação do *princípio inquisitório* e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o princípio devolutivo dos recursos. Mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contra-razões do recurso. [...]

As matérias de ordem pública que tenham sido julgadas pelo tribunal em apelação ou ação rescisória são transferidas ao órgão julgador dos embargos infringentes, sendo irrelevante tenham sido objeto ou não da divergência. Do Nos embargos infringentes a matéria divergente é devolvida ao tribunal por força do *efeito devolutivo* dos embargos; as matérias de ordem pública são transladadas ao tribunal por força dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC. Da mesma forma, é lícito à parte alegar essas matérias pela primeira vez nos embargos infringentes, provocando decisão do tribunal sobre elas, que, inclusive, deve conhecê-las de ofício, independentemente de pedido da parte ou interessado. (NERY JR., op. cit., p. 415, 417 e 420)

Por conseguinte, para os seguidores dessa linha doutrinária, o art. 530 do CPC não tem o condão de suplantiar a regra contida no art. 267, § 3º. A limitação contida naquele dispositivo refere-se a todas as demais matérias que não são consideradas de ordem pública; e, nesse aspecto, merece observância rigorosa, sob pena de desnaturar o recurso em pauta. Entretanto, quanto às questões de ordem pública, tal limitação inexistente, pois o recurso, disciplinado pela lei processual infraconstitucional, deve respeitar as regras nesta contidas - entre as quais, a prevista pelo art. 267, § 3º.

Segue esse entendimento o doutor e professor Flávio Cheim Jorge:

[...] Assim, o que resta saber é se o órgão, ao julgar os embargos infringentes, pode conhecer dessas condições de procedibilidade e admissibilidade da ação e do processo.

É correto dizer que essas condições são consideradas questões de ordem pública, isto é, matérias de suma importância para a própria existência do processo e para o seu desenvolvimento regular. Elas escapam completamente do poder dispositivo das partes, eis que interessam unicamente ao interesse público. [...]

Em resumo, o que se coloca em pauta é a possibilidade de conciliação entre o efeito devolutivo restrito dos embargos infringentes e o dever de o juiz conhecer em qualquer grau de jurisdição da ausência de uma das condições da ação, de um dos pressupostos processuais ou ainda da existência de uma nulidade processual.

Em nosso sentir, o fato de os embargos infringentes terem o efeito devolutivo restrito ou limitado, não impede que o Tribunal conheça de ofício alguma questão de ordem pública. É lógico que esse não é o objetivo próprio do recurso. No entanto, devido à importância dessas questões de ordem pública, o Tribunal poderá conhecê-las, refugindo, assim, ao âmbito de devolução restrito operado pelos embargos infringentes. [...]

Em sede recursal, as questões de ordem pública são sempre levadas ao conhecimento do órgão julgador, independentemente do recurso interposto, salvo a hipótese dos recursos extraordinários, através do efeito translativo. Esse efeito translativo não se confunde com o efeito devolutivo dos embargos.

A incidência desse efeito translativo, além de decorrer do próprio sistema, advém justamente do teor do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil acima transcrito, que permite expressamente ao juiz, de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, conhecer das condições de procedibilidade e admissibilidade da ação e do processo, e por extensão de quaisquer outras nulidades processuais. (JORGE, 1999, p. 282-284)

Embora não cite os arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC, que pertencem ao capítulo que trata do recurso de apelação, o autor admite que também os embargos infringentes possuem efeito translativo.

Em artigo sobre o tema, Luiz Rodrigues Wambier também prestigia o comando do art. 267, § 3º.

Todavia, não parece errôneo concluir que, na ocorrência de nulidade absoluta, considerada questão de ordem pública, só detectada em sede do julgamento dos embargos infringentes, o tribunal, ao proclamá-la, não estará infringindo seu limite de atividade, decorrente do efeito devolutivo restrito dos embargos, até porque, em relação a tais questões de ordem pública, não ocorre o fenômeno da preclusão. Agindo dessa maneira, o Tribunal estará tão somente observando a hipótese prevista no parágrafo do art. 245 e no § 3º do art. 267 do CPC. (WAMBIER, 1992, p. 31)

Portanto, para esse grupo de pensadores, que conta ainda com outros representantes ilustres, pouco importa se a questão de ordem pública nunca foi ventilada no processo, tampouco se foi decidida de forma unânime: podem ser apreciadas pelo órgão julgador dos embargos infringentes.

Contudo, essa orientação não é unânime. A corrente mais conservadora somente admite a apreciação das questões de ordem pública em sede de embargos infringentes se tiverem composto o voto vencido. Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira, procuradora do estado de São Paulo, esclarece: “Egas Moniz de Aragão e Donaldo Armelin não entendem desta forma. São da opinião de que, para a apreciação destas questões, necessariamente devem ser as mesmas objeto do voto vencido” (OLIVEIRA, 1992).

Considerando a posição topográfica dos arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC, que inserem o efeito translativo no capítulo do recurso de apelação, esses doutrinadores privilegiam o efeito devolutivo restrito dos embargos infringentes.

Essa segunda corrente, portanto, enaltece o limite imposto pelo art. 530 em detrimento da norma contida no art. 267, § 3º.

Dessa forma também se posiciona Ernane Fidélis dos Santos, desembargador do TJ-MG:

Rigorosa, todavia, é a limitação dos embargos infringentes. Sua incidência fica única e exclusivamente restrita à matéria que é objeto de divergência. Em grau de embargos, a não ser que faça parte da matéria em desacordo, não pode o tribunal conhecer nem daquela que seria de interesse público e que, na apelação, exigiria o conhecimento de ofício, como as nulidades absolutas, os pressupostos processuais, incluindo coisa julgada, litispendência e perempção (art. 267, § 3º). (SANTOS, 1994, p. 527)

Destarte, as questões de ordem pública somente serão apreciadas no julgamento dos embargos infringentes se constituírem o objeto do voto vencido.

Por fim, destaca-se o entendimento de Andréia Lopes de Oliveira Ferreira:

Existe, de outra banda, uma hipótese em que o órgão julgador dos embargos infringentes, nem mesmo após sua admissão, poderá conhecer de determinadas matérias de ordem pública.

Isso ocorrerá quando tais matérias tiverem sido expressamente julgadas pelo aresto recorrido, sem qualquer divergência entre os julgadores. (FERREIRA, 2002)

Embora defensora da primeira corrente, a autora impõe uma restrição que melhor se coaduna com a segunda, pois o efeito translativo prescinde do ineditismo. Ademais, esse limite contraria o seu próprio raciocínio, exposto na parte inicial do seu texto.

Como visto, as questões de ordem pública não precluem. Mesmo quando já foram objeto de decisão e de recurso, podem ser revistas em grau ordinário. Nem o tribunal, em sede de apelação, fica vinculado a decisão anteriormente proferida em sede de agravo. [...]

Entendemos que não há que se falar em preclusão consumativa em relação às matérias de ordem pública. O magistrado não fica impedido de apreciar, ao proferir sentença, as condições da ação pelo fato de já ter se pronunciado quando do saneador. Não existe qualquer óbice em vislumbrar-se a legitimidade da parte quando da prolação da decisão de saneamento e, quando da prolação da sentença, considerá-la ilegítima. Nada impede, ainda, que seja esta decisão revista em grau de apelação, inclusive pelo mesmo órgão que tenha decidido a questão em sede de agravo de instrumento. (FERREIRA, 2002)

Conforme o demonstrado, a autora tenta prestigiar ambas as normas, mas de forma equivocada. Se não há preclusão *pro iudicato* para os magistrados que prolataram a sentença e o acórdão da apelação, tampouco poderá haver para os que julgarão os embargos infringentes.

Em suma, a doutrina divide-se em duas grandes correntes: enquanto a primeira admite que as questões de ordem pública sejam analisadas no âmbito dos embargos infringentes, ainda que não componham a divergência; a segunda as afasta, para limitar o exame às matérias contidas no voto vencido.

## 5 A divergência jurisprudencial

O debate não se circunscreve ao campo teórico e puramente acadêmico: antes estende-se aos casos levados ao Poder Judiciário, o que acarreta séria divergência jurisprudencial.

A primeira corrente, que prestigia as questões de ordem pública, encontra amparo na jurisprudência do STJ.

Processual civil. Embargos infringentes. CPC, art. 530. Conhecimento de ofício de matéria relativa à falta de pressupostos processuais, não objeto do dissídio justificador dos embargos. Possibilidade.

I - Cabe à Seção deste Tribunal, ao conhecer de embargos infringentes, examinar de ofício questões relativas à falta de pressupostos processuais, ainda que, no acórdão embargado, não tenha ocorrido dissídio quanto a essas questões.

II - No caso, ao julgar improcedente, por maioria, ação rescisória, a Seção, implicitamente, por unanimidade, se deu por competente para apreciá-la. Todavia, o Excelso Pretório decidiu que esta corte só tem competência para julgar rescisória de acórdãos



do Tribunal Federal de Recursos relativos a matérias da competência originária deste, que passaram para a sua competência, hipótese a que não se refere este feito.

III - Embargos conhecidos, a fim de anular os atos decisórios praticados no processo, com a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região. (STJ, EAR nº 195/DF, DJ 3/5/1993, p. 7.752)

Esse acórdão elucida que a falta de um pressuposto processual - *in casu*, a competência - deve ser apreciada no âmbito dos embargos infringentes, mesmo que nenhuma das partes a tenha suscitado e que tenha alcançado unanimidade no julgamento anterior. O voto do relator é esclarecedor:

[...] Sei que o âmbito dos embargos é definido pelos limites da divergência entre os votos vencedores e os vencidos. Daí indagar-se: não tendo sido suscitada a questão da incompetência absoluta desta Seção e, por isso, tendo o citado órgão julgante, por unanimidade, se considerado, implicitamente, competente para julgar a rescisória, será admissível que, no julgamento destes embargos, essa questão possa ser apreciada?

Creio que sim. [...]

Acontece que a incompetência absoluta implica a falta de pressuposto processual subjetivo relativo ao juízo, indispensável à regular constituição do processo. [...]

Embora não ponha fim à controvérsia, o próximo julgado enfatiza a posição da corte superior.

Processo civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Embargos infringentes. Matéria de ordem pública. Acórdão. Ausência de fundamentação. Nulidade.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência. Precedentes.

- Em decisão colegiada tomada por dois votos a um, estando o voto condutor do acórdão ausente de fundamentação, deve ser declarada a nulidade do julgamento proferido, diante do manifesto prejuízo ocasionado à parte sucumbente.

- Recurso especial a que se dá provimento. (STJ, Resp nº 284523/DF, DJ 25/6/2001, p. 173)

O voto oferece ainda a posição de juristas renomados e outros julgados do STJ.

[...] A matéria de ordem pública - e nesta se insere a questão referente à motivação do julgado - pode e deve ser conhecida de ofício, em qualquer tempo, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC, inclusive em sede de embargos infringentes.

Esta é a tese predominante na doutrina e na jurisprudência, admitindo-se a apreciação, em sede de embargos infringentes, de matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida nos limites da divergência.

Anote-se, a respeito, na doutrina, a posição de Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira e Nelson Nery Jr. e, na jurisprudência deste C. STJ, os seguintes precedentes: [...]

Merece destaque, por fim, este recente julgado, que confirma a tendência atual do Superior Tribunal de Justiça, órgão que detém a palavra final sobre o assunto.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ÂMBITO DE COGNIÇÃO. VOTO VENCIDO. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COGNIÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO

1. O Regimento Interno e a Constituição Estadual não se prestam a dar suporte jurídico ao apelo especial, que, nos termos do art. 105 da Constituição Federal, tem como escopo primordial a uniformização da jurisprudência relativa a interpretação de leis federais.

2. Ação Reivindicatória julgada por duas vezes, sendo que, em sede de embargos infringentes, o Tribunal reconheceu que havia coisa julgada formal em relação às condições da ação, afirmadas anteriormente quando do julgamento da primeira apelação.

3. As matérias de ordem pública (art. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC) podem ser conhecidas de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, ainda que em sede de embargos infringentes, não havendo se falar em preclusão.

4. O recuso de embargos infringentes possui efeito devolutivo limitado ao voto vencido. Portanto, o que não foi objeto de divergência não poderá ensejar a interposição dos embargos. Porém, não se há olvidar que o efeito devolutivo de todo recurso é de ser entendido sob o ângulo de extensão e profundidade. A extensão diz acerca da análise horizontal da matéria posta em juízo, ao passo que a profundidade é a verticalização da cognição do julgador. Tal verticalização, por muitos considerada como efeito translativo dos recursos, consiste na possibilidade de o Tribunal, ultrapassada a admissibilidade do apelo, decidir matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, como é o caso das nulidades absolutas, das condições da ação, dos pressupostos processuais e das demais matérias a que se referem o § 3º do art. 267 e § 4º do art. 301.

5. No caso, quando do julgamento dos embargos infringentes, não era vedado ao Tribunal a quo - ao contrário, era-lhe imposto - a reapreciação de matérias de ordem pública, como condições da ação e coisa julgada. Assim, malgrado os embargos infringentes tenham extensão limitada ao voto vencido, no que pertine à profundidade, a cognição é ampla.

6. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp nº 304.629/SP, j. 9/12/2008, DJE 16/3/2009)

A segunda corrente, por outro lado, é escorada por diversos tribunais de justiça e pelo STF, conforme demonstra o seguinte acórdão do TJ-RJ.

A carência de ação não pode ser arguida originariamente em embargos infringentes, pois o âmbito destes é restrito ao que restou controvertido no julgamento da apelação. [...]

Mas, no ponto de vista da embargante, aquela matéria da carência de ação, sempre e sempre ausente dos autos - repita-se -, podia ser arguida “por ocasião do julgamento do recurso, justamente porque se tratava de matéria cuja apreciação podia ser feita” *em qualquer tempo e grau de jurisdição, ex vi* do disposto no art. 267, § 3º, do CPC.

*Data venia*, só podia em termos. Dizem-no os nossos melhores autores e os mais cultos Tribunais do País, *Supremo* à frente, através da Súmula 296, adaptados os termos da sua redação.

“São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada, pela turma, no julgamento do recurso extraordinário”.

Com a adaptação resultará:

“São inadmissíveis embargos infringentes sobre matéria não ventilada, pela Câmara, no julgamento da apelação”.

Aliás, a jurisprudência a respeito é copiosa. Vejamo-la.

“Se a prescrição não fora antes alegada, deve reputar-se questão excluída dos embargos, cuja latitude não pode ser maior do que a do recurso a cujo julgamento se opõem” (STF, RT 304/875).

“O campo dos embargos de nulidade se cinge à divergência verificada no julgamento da apelação. Não devem ser conhecidos quando visam ao reexame de matéria estranha a essa divergência” (TJBA, *Rev. Jur.* 3/234).

“No recurso de embargos, é vedada a apreciação de matéria estranha à divergência ocorrida no julgamento da apelação. A prescrição, questão de fato que é, não pode ser apreciada em embargos, se não cogitada no julgamento da apelação”. (TJPI, *Jur. e Dout.*, 47/270). [...]

Finalmente:

“Os embargos deverão ser apreciados dentro dos limites do voto vencido. O Código de Processo Civil não mais consente sejam estribados em matéria nova que a parte ignorasse” (TASP, RT 388/224)

Do exposto resulta que o ponto de vista da embargante não encontra ressonância nem na lei, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

*Se a matéria não foi debatida na apelação ela não pode ensejar os embargos infringentes.* (ALVIM NETTO, 1980, p. 55-59) - grifo nosso.

Nesse diapasão, merece destaque a seguinte ementa, oriunda do TJ-SP: “Recurso - Embargos infringentes - Arguição de incompetência da Justiça Estadual Comum - Não cabimento - Limitação à matéria em divergência - Não conhecimento.” (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 113, 1998, p. 408-412).

Aqui, a falta de pressuposto processual não mereceu análise, pois não restou controvertida no julgamento da apelação. Também o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já posicionou-se dessa forma.

RECURSO - EMBARGOS INFRINGENTES - PRESCRIÇÃO - TEMA NOVO NÃO ALCANÇADO PELA DIVERGÊNCIA - INADMISSIBILIDADE

A despeito do art. 162 do CC autorizar a alegação de prescrição “em qualquer instância”, tal não significa que possa ser alegada em embargos infringentes, uma vez que estes são restritos à matéria objeto da divergência.[...]

Não se conhece da alegação da prescrição da ação, manifestada pela autarquia na petição de embargos infringentes.

É certo que o art. 162 do CC autoriza a alegação de prescrição “em qualquer instância”. Mas tal não significa, ao contrário do que sustenta o Prof. Washington de Barros Monteiro no trecho de sua obra indicado pelo embargante, que possa ser alegada em embargos infringentes.

É orientação tranquila do Colendo STF que a prescrição não pode ser alegada em recurso extraordinário, uma vez que este se destina a rever as questões decididas em última ou única instância. É evidente, ainda, que não pode ser deduzida a alegação em embargos de declaração, uma vez que somente podem ter por objeto as omissões, dúvidas ou contradições observadas no acórdão, mantendo-se a contro- versia nos limites postos no recurso.

Pela mesma razão não pode a alegação ser deduzida em embargos infringentes, uma vez que estes são restritos à matéria objeto da divergência, não podendo esta ser ampliada com temas novos. [...] (Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, v. 103, 1987, p. 344-346)

Percebemos, assim, a divisão tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, tendo ambos os lados argumentos convincentes.

## 6 Conclusão

Pretendeu esse trabalho analisar o possível conflito entre dois dispositivos do Código de Processo Civil, que contam, enfim, com a mesma hierarquia e devem, por essa razão, ser harmonizados.

De um lado, há a regra do art. 267, § 3º, o qual prescreve que as questões de ordem pública podem ser examinadas a qualquer tempo. O art. 530 do mesmo código, por seu turno, limita as matérias que podem ser examinadas nos embargos infringentes àquelas objeto do voto vencido.

Assim, torna-se imperioso indagar se uma questão de ordem pública, nunca ventilada antes, pode ser analisada pela primeira vez em sede de embargos infringentes. Demonstramos que a doutrina e a jurisprudência se dividem em duas correntes.

Para a primeira, a limitação do art. 530 do CPC cinge-se a outras matérias que não sejam identificadas como questões de ordem pública, pois estas, por atenderem ao interesse estatal e social da regularidade do processo, são alvo do efeito translativo do recurso.

Para a segunda, o art. 267, § 3º, do CPC não rege os embargos infringentes, sendo estes adstritos à matéria examinada na apelação e que restou controvertida entre os julgadores.

As mesmas considerações respondem à segunda indagação: podem as questões de ordem pública ser examinadas no âmbito dos embargos infringentes quando já foram discutidas e decididas de forma unânime no julgamento anterior - da apelação ou da ação rescisória?

Trata-se da prevalência de um ou de outro dispositivo, conforme o entendimento adotado. Destacamos, contudo, a conclusão de Andréia Lopes de Oliveira Ferreira, que, embora defenda a primeira corrente, vislumbra a impossibilidade de as questões de ordem pública serem ventiladas nos embargos infringentes quando já tiverem sido objeto de decisão unânime anterior. No momento oportuno, criticamos essa afirmação, mormente porque destoa das considerações iniciais da autora.

Diante de tudo que foi demonstrado, sobressai a lição de Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira:

Entendemos, por todo o exposto, que deixar “passar a oportunidade” de reconhecimento de nulidade absoluta é uma vez mais deixar a “máquina” dominar o sistema, com total desperdício de atividade jurisdicional sem atender ao próprio sistema de nulidades no processo civil. (OLIVEIRA, 1992, p. 32)

Elegemos, dessa forma, a primeira corrente, que atende a dois princípios constitucionais fundamentais: a ampla defesa e a celeridade. Negar a apreciação de uma questão de ordem pública retira da parte a possibilidade de se defender com todas as armas de que dispõe e transfere à eventual ação rescisória a solução que deveria ter sido dada no processo originário ou possibilita que uma decisão nula alcance a autoridade de coisa julgada.

Assim, não obstante o respeito pelos argumentos aventados pela segunda corrente, sua rigidez cartesiana ofende a harmonia das normas processuais e dois dos direitos básicos do jurisdicionado.

## 7 Bibliografia

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda; FERNACIARI JÚNIOR, Clito. *Jurisprudência do CPC*. Vol. V. São Paulo: RT, 1980.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Andréia Lopes de Oliveira. Embargos infringentes e questões de ordem pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2841>>. Acesso em: 30 jan. 2009.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos Infringentes: uma visão atual. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 476 a 565*. Vol. V. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. Embargos Infringentes e Questões de Ordem Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 38, dez. 1992.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I: processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. *Revista de Processo*, n. 67, jul.-set. 1992.