

## OS EMBARGOS INFRINGENTES E OS DIREITOS POTESTATIVOS

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos  
Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

O título poderá sugerir ao leitor primeira impressão de absoluta desconexão entre os temas tratados, mas se tiver um mínimo de paciência e tempo, perceberá alguma relação.

Guardo, de forma perene, em meu espírito, a prudente lição de Espinosa, segundo a qual “os mais ignorantes são sempre os mais temerários e os mais dispostos a escrever. Parecem expor sua mercadoria para venda como os mascates que mostram primeiro o que têm de pior”.

Estabelecido por mim tal cuidado, passa-se ao tema a ser enfrentado.

Como se sabe, as preocupações atuais dos processualistas concernem à efetividade e à celeridade do processo. Numerosos diplomas legais se têm ocupado disso.

Não se chegou, como querem alguns, quiçá a melhor solução, à extirpação daquele recurso do ordenamento jurídico, mas, seu alcance, indubitavelmente, foi limitado.

Incabível nos limites estreitos deste trabalho esborço histórico acerca das restrições feitas, ao longo do tempo, no âmbito de cabimento dos embargos infringentes, antes se impõe, apenas, o exame de seu panorama atual e, em decorrência dele, para os que prosseguem na árdua tarefa de ler este texto, demonstrar a inusitada relação com os direitos potestativos.

Para que os embargos infringentes sejam admitidos, exigem-se:

- a) acórdão não unânime;
- b) sentença de mérito reformada.

Daí se segue a discussão concernente ao entendimento da sentença de mérito.

Para Candido Dinamarco, de forma enfática, e José Carlos Barbosa Moreira, só a mostrar inclinação, a expressão “sentença de mérito”, do art. 530, do Código de Processo Civil, deve ser entendida por “acórdão de mérito”, dado ser perfeitamente factível, ante o disposto no art. 515, §3º, do Código de Processo Civil, que sentença terminativa possa ser reformada por acórdão, que julgue o mérito da causa, de sorte que cabível, na hipótese, a interposição de embargos infringentes, não obstante o alargamento do espaço de admissão do recurso, até porque o acórdão substitui a sentença (art. 512, do mesmo estatuto).

Assim como se amplia na hipótese alhures o âmbito de cabimento, aqui se restringe, se ocorrer situação inversa, e.g., prolação de sentença de mérito e sua reforma por “acórdão terminativo”.

De certa forma, o argumento se justifica, na medida em que o art. 268, *caput*, do Código de Processo Civil, permite ao autor repetir a ação anteriormente proposta, eis por que inadmitir-se-iam embargos infringentes contra acórdão que, ao reformar sentença de mérito, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Nesta última situação é que advém a relação entre o recurso e os direitos potestativos, visto como estes, em princípio, se decadenciais, não contêm causas que impedem, suspendem ou interrompem a decadência (art. 207, do Código Civil de 2002).

Cediço que a prescrição se distingue da decadência, uma vez que aquela resulta da inação do credor, durante certo tempo, após lesão de direito cometida pelo devedor, ao passo que esta configura perda de um direito potestativo.

Se a ação versar questão de prazo prescricional, não há inércia, de sorte que, enquanto ela tramita, o prazo não está a fluir. Daí se evidencia que o “acórdão terminativo”, de per si, não fulminará a exigibilidade da pretensão do credor.

Todavia, se o direito é potestativo e sem as ressalvas do art. 207, já citado, a consequência não será a mesma.

Suponha-se a propositura de ação renovatória com sentença de mérito que decreta a renovação e acórdão não unânime, que a reforma, e julga extinto o processo sem julgamento do mérito.

Transitado em julgado referido acórdão, o direito potestativo do locatário estará irremediavelmente extinto pela decadência, dado que decorrido prazo do art. 51, § 5º, da Lei nº 8245/91.

A questão se torna ainda mais aguda, visto como o âmbito de discussão dos recursos especial e extraordinário é mais limitado que o dos embargos infringentes.

De outro lado, não restará ao locatário, como ocorre com o credor de prazo prescricional, que não esteve inerte, reproduzir a ação anterior.

Ressalte-se, por outro lado, o funesto efeito da perda do fundo de comércio e outras consequências sociais graves dela advindas.

Por isso, em princípio, não me animo a concordar, *in totum*, com o exposto pelos ilustres processualistas citados.

Tal questão me fez refletir em julgamento de embargos infringentes, do qual participei, em que ocorreu, exatamente, a hipótese enfocada. E vim a acompanhar os demais julgadores para admitir os embargos infringentes, provê-los e acolher a pretensão de renovação. E o que me convenceu foi o fato de o locatário ter razão, ser muito difícil a sua vitória em sede de recurso especial e extraordinário, visto que matéria probatória não pode ser examinada naqueles recursos.

Poder-se-á aduzir com o mesmo Espinosa que “a experiência nunca nos ensina a essência das coisas”, mas esse equilibrado filósofo também adverte que “é próprio da razão escolher o menor entre dois males”.

Dessarte, no tocante às “ações prescritíveis”, não há ressalva a ser feita.

Cuidando-se, contudo, de hipóteses similares à exposta, parecem-me interponíveis os embargos infringentes, ainda que a sentença de mérito seja reformada por acórdão não unânime e cujo dispositivo importe em extinção do processo sem solução de mérito.