

Em Defesa dos Embargos Infringentes: Reflexões Sobre os Rumos da Grande Reforma Processual

José Augusto Garcia de Sousa

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ. Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas (RJ)

1. INTRODUÇÃO

O Ato nº 379/09, do Presidente do Senado Federal, instituiu uma comissão de notáveis juristas, encabeçada pelo Ministro Luiz Fux, para a tarefa de reformar o processo civil brasileiro. Divulgado o anteprojeto de novo Código de Processo Civil, em junho de 2010 — momento da conclusão deste artigo —, deparamos com propostas as mais alvissareiras, o que não surpreende, dado o alto nível da comissão. Entre as inovações apresentadas tivemos a eliminação dos embargos infringentes, visando-se assim à concretização de anseio que, embora menos veemente após a Lei 10.352/01 (que deu maior racionalidade ao recurso), já foi ouvido com muita intensidade na doutrina brasileira.¹

Aqui, ousaremos remar contra a corrente. Sustentaremos a preservação dos embargos infringentes. Mais do que a defesa pontual de um meio impugnativo, estaremos defendendo uma determinada concepção do direito processual, marcada pelo equilíbrio entre o imperativo da celeridade e a também importante veia argumentativa do processo. Nesse sentido, o artigo servirá a uma reflexão acerca dos rumos da grande reforma processual em marcha.

Independentemente do acerto ou não das ideias expostas, ao menos uma virtude não se poderá negar ao trabalho. Qual? Enfrentar o dilema

¹ A propósito da controvertida trajetória dos embargos infringentes entre nós, confira-se José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V (arts. 476 a 565), 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 518-521.

maior do processo nos dias atuais, o dilema do tempo. Atenção: não estamos nos referindo somente à luta contra a morosidade processual. Todo dilema tem dois lados. É preciso cuidar também do segundo lado do dilema, e a isto se propõe o artigo.

Sem se negar, de maneira alguma, o mérito da dura batalha travada contra o tempo em terras processuais, não se pode deixar de observar que o processo, paradoxalmente, carece cada vez mais do seu grande inimigo! De fato, à medida que o processo judicial vai ganhando complexidade e transcendência sem precedentes na história, um tempo mais dilatado — para argumentos e debates — lhe é indispensável em não poucos casos. Eis aí o segundo lado (frequentemente negligenciado) do grande dilema do processo nos dias que correm.

Antes de se chegar à questão específica dos embargos infringentes, algumas estações serão visitadas. A primeira delas diz respeito à época em que vivemos. É dela que brota, muito antes de habitar a esfera processual, o dilema a que aludimos.

2. DOIS SIGNOS DO NOSSO TEMPO: VELOCIDADE E INCERTEZA

Dizia um dos maiores juristas que o país já teve, J. J. Calmon de Passos: “A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O Direito marcha na direção em que a sociedade caminha e anda com ela e não à frente dela. A par disso, o Direito não é raiz. (...)”² Dessa forma, seja qual for o assunto discutido, convém abrir a janela e espiar o que se passa lá fora — além da cidadela jurídica. É o que passaremos a fazer, concisamente.

Em qualquer direção alcançada pela vista humana, a velocidade está presente, muitas vezes estonteante, vertiginosa. A velocidade é um dos signos maiores do tempo atual, obviedade que dispensa demonstração. O processo, por motivos igualmente evidentes, não pode ficar atrás. Há de engendrar, continuamente, técnicas que deem conta de tanta velocidade. Perde legitimidade o instrumento que não consegue acompanhar a realidade. Se certos produtos restam obsoletos em poucos meses, como acontece por exemplo na área eletrônica, um processo versando sobre tais bens não pode levar anos para receber alguma decisão.

Mas não é só a velocidade que impregna o nosso século. Vivemos em uma sociedade pós-moderna — ou “pós-tudo”, no dizer inspirado de

2 J. J. Calmon de Passos, *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 102.

Luís Roberto Barroso.³ Não se sabe bem o que significa essa decantada pós-modernidade, mas curiosamente tal indefinição lhe é bastante desveladora. A matéria-prima da pós-modernidade, afinal, são doses reforçadas de fluidez e volatilidade, banhadas em relativismos fartos. Assoma então uma era de incertezas, desprovida de verdades essenciais — todas elas devidamente desconstruídas — e órfã de heróis.

Nas palavras do consagrado sociólogo Zygmunt Bauman, levamos hoje uma “vida líquida”, que vem a ser “uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios (...). Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las. (...) É preciso acelerar o ‘alcançar’ caso se deseje provar as delícias do ‘largar’.”⁴

Tudo conspira a favor da incerteza, até mesmo o que deveria servir à segurança. Abra-se um parêntese para abordar a questão da informação. Supostamente, a revolução da informação⁵ deveria multiplicar o conhecimento e as certezas do mundo. Isso em parte realmente acontece, mas só em parte. Por outro lado, efeitos os mais problemáticos comparecem. A sociedade da informação, ao mesmo tempo em que estimula o crescimento intelectual das pessoas, tem o dom de nelas espicaçar dúvidas e angústias. Com uma disponibilidade muito maior de informações, as decisões amiúde se tornam mais complexas, eis que sortidos demais são os dados a ponderar. Profissionais altamente qualificados sentem-se inseguros por não conseguirem dominar todas as fontes bibliográficas de uma dada matéria (algo impossível para qualquer mortal). Médicos atendem pacientes que, graças à internet, acumularam — desordenadamente — informações especializadíssimas sobre a moléstia de que padecem. Exemplos não faltam desse contexto multiplicador de ansiedades e mal-estar. De uma for-

3 Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001, p. 11.

4 Zygmunt Bauman, *Vida Líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 8.

5 Segundo um estudioso do tema, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Direito de Informação e Liberdade de Expressão*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 51), “a informação hoje recebida por uma pessoa em apenas um dia corresponde a anos de informação recebida pelo homem há duzentos anos”.

ma geral, somos assaltados pela sensação de que estamos numa bicicleta que exige pedaladas cada vez mais frenéticas para não tombar.

À explosão da informação corresponderia mesmo uma “explosão de ignorância”, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes em erudito trabalho, no qual se mencionam as circunstâncias que propiciam a atual era de incertezas e instabilidades: “(...) A segunda circunstância é a que se denominou de ‘explosão de ignorância’, devida à imensa, monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal. À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas. Com facilidade, se substituem os ‘resultados seguros’ de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza.”⁶

Fechado o parêntese relativo à questão da informação, assinale-se que a própria velocidade desconcertante dos nossos dias contribui, e muito, para a incerteza. Velocidade e incerteza são fenômenos intimamente conectados. O ritmo acelerado atropela sem dó os juízos reflexivos. O homem contemporâneo não consegue processar a contento tantas transformações súbitas, impulsionadas por uma tecnologia cada vez mais prodigiosa. E não são apenas transformações materiais. Mexe-se com rapidez até mesmo nas questões mais sagradas para a espécie, cultuadas durante milênios e milênios, como é o caso do processo biológico de concepção do ser humano, igualmente arrebatado pela tecnologia. Ocorre que o tempo da filosofia, evidentemente, mantém-se muito mais cadenciado. Desse hiato crescente entre a filosofia e a tecnologia, já quase um abismo, derivam, como não poderia deixar de ser, perplexidades insolúveis, combustível poderoso para a grande fogueira da incerteza.

Agravando o estado de incerteza, temos a presença do pluralismo, outra força marcante do mundo contemporâneo. Conquanto não seja de agora o avanço do pluralismo — haja vista as conquistas nada desprezíveis alcançadas na Idade Moderna —, ele ganhou extraordinário impulso nas

⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, Constituição e direito civil: tendências, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, nº 16, 2000, p. 175-176.

últimas décadas, quer seja em virtude da mudança de mentalidades, quer seja em função de aportes tecnológicos. Transformou-se assim em um fenômeno avassalador. Vias de mão única não se aceitam mais, o que pode ser bastante salutar. Nunca se respeitou tanto o direito à diferença. Grupos tradicionalmente discriminados ganharam voz. Mas o pluralismo não opera maravilhas apenas. Ele tem um grande potencial para gerar inquietude e desnorteamento, sobretudo quando desarruma — com o posterior endosso do direito — convicções seculares em temas-chave. Desde que o homem é homem, pessoas do mesmo sexo não podiam casar-se. Já podem, em vários lugares do mundo. O fator biológico sempre foi determinante para a determinação da paternidade ou mesmo para a identificação do sexo. Não é mais.⁷ Além de tudo isso, o pluralismo visa à integração mas na prática pode implicar recorte, fracionamento, desafiando com frequência o ideal iluminista da igualdade, ainda um valor bastante respeitável entre as democracias do globo.

Sob o impacto do pluralismo, um dos filósofos mais lidos da atualidade, John Rawls (falecido em 2002), reformulou posições sustentadas na sua obra mais célebre, *A Theory of Justice*, e passou a se preocupar intensamente com uma questão fundamental: “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis”?⁸

Em meio a tanta agitação, onde está a justiça? Seria totalmente implausível que ela permanecesse incólume às vicissitudes do século que a rodeia. Dos píncaros da teoria às miudezas de um caso concreto, a incerteza ganha terreno. Pluralizam-se então as perspectivas da justiça. O que é justo individualmente pode não ser justo coletivamente, o que é justo no Oiapoque pode não ser no Chuí, o que é justo no morro nem sempre o será no asfalto. Não bastasse, ainda se pode contrapor um justo “*absoluto, utópico*” a um justo “*possível, realizável*”, como faz Nelson Nery Junior quando trata da polêmica relativização da coisa julgada.⁹ Em consequência dessa pluralização do justo, cresce a dificuldade, em muitos

7 Consulte-se, a propósito, excepcional julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca da transexualidade (REsp 1.008.398, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento unânime em 15/10/09): “Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.”

8 John Rawls, *O Liberalismo Político*, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., São Paulo, Ática, 2000, p. 45-46.

9 Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

casos — os “*hard cases*” —, de se identificar a parte que tem razão. Cresce também a dificuldade de se fixar a essência da “ordem jurídica justa”, na famosa expressão de Kazuo Watanabe.

A contaminação do direito pela incerteza é o tema do tópico seguinte. Mais tarde, chegaremos ao direito processual, quando então observaremos, sem maior surpresa, que um papel essencial do processo, nos tempos que correm, é o de consistir em palco privilegiado para o exercício da argumentação, visando à redução — possível — da incerteza.

3. DIREITO E INCERTEZA

Naturalmente, também o direito é um território tomado hoje pela incerteza e pelo pluralismo.

Há quase cem anos, o grande Hans Kelsen procurou colocar ordem na casa, ao elaborar uma teoria “pura” para o direito com pretensões universalistas, fomentando o formalismo extremado, a indiferença à realidade e a neutralidade axiológica do jurista.

A Segunda Guerra Mundial, como se sabe, minou fortemente o positivismo kelseniano. Um pós-positivismo fez-se inevitável, arrimado em linhas muito mais flexíveis. Um expressivo processo de abertura do direito pôs-se em marcha. Essa abertura tocou as grandes teorias do direito, as teorias da norma, da interpretação e das fontes. O teor literal de um comando jurídico passou a ser apenas o ponto de partida da norma, podendo até ser superado ou “derrotado” em não poucas situações. A apreensão do real sentido da norma afastou-se da perspectiva puramente apriorística de outrora. Fatores extrajurídicos ganharam o processo hermenêutico. Visões tópicas do direito foram ainda mais longe, considerando a lei apenas um *topos* (embora relevante) entre outros. O caso concreto viu-se sumamente valorizado. Do primado das regras e da subsunção, passou-se ao domínio dos princípios e da ponderação. A ênfase principialista veio de mãos dadas com a sublimação dos valores, ensejando polêmicas francamente ideológicas nos tribunais. Para desalento de qualquer teoria pura, há cada vez menos nitidez entre o jurídico e o não jurídico, entre o que pode efetivamente ser exigido em uma corte e o que é apenas desejável mas não tem força jurídica. A busca da objetividade transformou-se em um dos desafios maiores do pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo, para usar um termo muito em voga nos últimos tempos).

Portanto, não se alterou somente a lógica da aplicação do direito. Mudou também a lógica da própria *criação* do direito. Deu-se, na verdade,

uma notável transferência de responsabilidades, do legislador para o juiz. Entregaram-se a estas ferramentas metodológicas que permitem o acesso ao justo — seja lá o que for o justo —, independentemente do teor da lei, até mesmo *apesar* do teor da lei.

É claro que todas essas transformações elevaram consideravelmente a taxa de insegurança e incerteza dentro do mundo jurídico. Foi o preço a pagar pelo ambicioso projeto de (re)aproximar o direito da justiça.

Sintetizando muito bem os novos tempos, escreve Margarida Maria Lacombe Camargo: “(...) Ao contrário dessas posições monolíticas, o que se aponta agora, sob o viés da pós-modernidade, é que, no lugar do universal, encontra-se o histórico; no lugar do simples, o complexo; no lugar do único, o plural; no lugar do abstrato, o concreto; e no lugar do formal, o retórico. Não se vê mais como condizente à prestação jurisdicional aquele juiz que se reporta a conceitos abstratos, que procura uma verdade absoluta capaz de decidir a questão, descurando-se do subjetivismo (ou do intersubjetivismo) social (...). O pensamento jurídico não se conforma com um tipo de raciocínio linear que ignora a dialética e os valores que informam a hermenêutica. A inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei, não impede de trabalharmos uma interpretação mais adequada para cada caso. Por isso, é preciso encontrar uma nova racionalidade capaz de orientar a dogmática jurídica e, ao mesmo tempo, defendê-la da pecha da arbitrariedade (...).”¹⁰

Qual é a nova racionalidade mencionada por Lacombe Camargo? Ela responde: “A nova racionalidade jurídica, identificada neste trabalho com a tópica e a retórica, corresponde a um novo modo de pensar o direito. Por um lado, a nova hermenêutica, que procura dar conta da complexidade que orienta o significado da ação social, na qual se incluem as relações jurídicas; e de outro, a nova retórica, que reúne elementos da teoria da argumentação e da tópica, capazes de legitimar novas situações.”¹¹

Bem se percebe que a faceta discursiva do direito tende a robustecer-se. Numa era de incertezas, tal efeito é bastante esperado. Se faltam as verdades (apriorísticas) essenciais, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava reve-

10 Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 260-261.

11 Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação*, cit., p. 263.

lar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a esse esquema subsumitivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*. Como? Por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e inegáveis virtudes democráticas ao procedimento decisório. É essa a nova racionalidade jurídica, talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados...¹²

A revalorização da argumentação no meio jurídico é confirmada pelo grande Miguel Reale: “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios. De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...).”¹³

E o processo, especificamente? Como se enquadra no novo contexto? É o assunto do próximo tópico.

4. PROCESSO E ARGUMENTAÇÃO

Conforme já insinuado nas seções precedentes, o processo assume, dentro da nova racionalidade jurídica, uma função ímpar, servindo como palco privilegiado para o incremento da atividade argumentativa.

12 Discorrendo exatamente sobre o “retorno” do processo ao procedimento, assinala Antonio do Passo Cabral (*Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 179): “(...) Muitos juristas e filósofos notaram que, no mundo atual, até mesmo pelas múltiplas cosmovisões observáveis na sociedade humana pluralista, é difícil crer na existência de um *ethos* universalmente aceitável. No fracasso histórico de estabelecer uma ‘justiça substancial’, definida e expressa com base em critérios materiais, a ‘justiça possível’ das decisões deveria ser buscada processualmente: assegurando a justeza do procedimento, regras e condições da argumentação prática racional, estaríamos mais próximos de obter o ideal de justiça. Critérios substanciais vão sendo, então, suplantados em favor de questões procedimentais, e as decisões judiciais passam a auferir legitimidade a partir de um processo équo.”

13 Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89. Consultem-se também: Antônio Cavalcanti Maia, A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea, *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 8, out./dez. 2001, p. 269-282; e Alceu Mauricio Lima Junior, A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas, *Revista de Direito Administrativo*, nº 249, set./dez. 2008, p. 9-36.

É a instância argumentativa diletta do pós-positivismo, marcado também por uma intensa judicialização.

Vale esclarecer que o desenvolvimento processual da argumentação não se limita às partes, alcançando também — e sobretudo — o juiz. Dele se exige um reforço na motivação das decisões, de molde não só a enfrentar convenientemente a argumentação das partes, mas também para ficar à altura da complexidade dos casos “difíceis” da pós-modernidade. Isso se aguça ainda mais à proporção que a relevância social do Judiciário tem se elevado sensivelmente. Hoje, consoante observa Paulo Roberto Soares Mendonça, “o Judiciário persegue a adesão de um auditório mais amplo do que a comunidade jurídica em si, buscando atingir a sociedade como um todo.”¹⁴

Em abono ao avanço da argumentação no processo, saliente-se que a incidência da racionalidade pós-positivista acarreta mudanças profundas na própria teleologia do processo. Ele deixa de ser o instrumento destinado puramente a declarar e realizar um direito material prévio, transformação que põe em xeque a tese dualista. Nos dias atuais, mais do que nunca, o processo — é preciso dizer com todas as letras, sem ressalvas — *cria* direitos.¹⁵

Nesse sentido, têm se manifestado autores relevantes na dogmática contemporânea. É o caso de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Do ponto de vista dos que exercem o Poder Jurisdicional, o aspecto relevante é que nessa normatividade de caráter essencialmente principial encontra-se contida autêntica outorga de competência para uma investigação mais livre do direito. (...) A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade criativa do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados. Em face dessa linha evolutiva, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito mate-

14 Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 156.

15 Em sentido contrário, defendendo a tese dualista, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 138) “O único bem jurídico que invariavelmente todos os pronunciamentos judiciais de mérito acrescentam à situação jurídico-material (independentemente do conteúdo e natureza jurídica de cada um) é a *segurança jurídica* — e a segurança não é em si mesma um bem regido pelo direito substancial. (...) Tem-se por correta, portanto, a *teoria dualista* do ordenamento jurídico. Confirma-se que a sentença não cria direitos mas revela-os; e a execução forçada, que também tem caráter jurisdicional, confere-lhes efetividade quando falta o adimplemento voluntário pelo obrigado.”

rial e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual.”¹⁶

Reconhecida a existência hodierna de um processo autenticamente criador de direitos, a argumentação — cujo incremento contribuiu para a própria formação desse novo modelo — fica ainda mais valorizada. Com efeito, um processo criador assume graves responsabilidades, perante a sociedade e o Estado. Logo, deve atrair controles mais severos, sob pena de gerar imperdoável déficit democrático. Vem daí a necessidade imperiosa de procedimentos e técnicas que fomentem a argumentação e o debate no seio do processo. Só assim se legitimará democraticamente a crescente atividade criativa do Judiciário.

Para sublimar de vez a argumentação no processo contemporâneo, perceba-se que os conflitos e as perplexidades não chegam somente de fora. Também o direito processual produz conflitos “nativos” de grande magnitude. Essa dimensão conflituosa não é de agora, à evidência. Há meio século já dizia o inesquecível Francesco Carnelutti: “*Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.*”¹⁷ Sem embargo, os últimos tempos têm aumentado a temperatura desses conflitos genuinamente processuais, algo que pode ser confirmado por uma análise atenta das grandes linhas metodológicas atuais.

Mire-se o “modelo constitucional do direito processual civil”, desenvolvido com maestria por vários autores nacionais.¹⁸ Tal modelo gera alguma facilidade para o intérprete e o aplicador do direito processual? Um conhecimento mínimo do direito constitucional brasileiro indica que é justamente o contrário. A Constituição pátria, do ponto de vista valorativo, mostra-se extremamente compromissória, irresoluta, dividida.

16 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica”, *Revista Forense*, nº 395, jan./fev. 2008, p. 40. Confirmam-se também as palavras de Hermes Zaneti Júnior, A teoria circular dos planos (direito material e direito processual), in Fredie Didier Jr. (organizador), *Leituras Complementares de Processo Civil*, 5ª ed., Salvador, Podivm, 2007, p. 414: “(...) Verificou-se, ademais, que o processo cria direito, principalmente quando o direito não tem mais um conteúdo determinado estritamente pela norma (v. g., princípios e cláusulas gerais). Resta, nesta ótica, para a doutrina, a tarefa de aprofundar o controle das decisões judiciais (evitar o arbítrio) e a responsabilidade do juiz, bem como desenhar uma teoria dos modelos jurisprudenciais que possa gerar previsibilidade e harmonia no ordenamento jurídico brasileiro.”

17 Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 154.

18 Para ficar em uma citação apenas, consulte-se Cassio Scarpinella Bueno, “O ‘modelo constitucional do direito processual civil’: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações”, *Revista de Processo*, nº 161, jul. 2008.

Consensos não há muitos. Um deles diz respeito à primazia dos direitos fundamentais. Porém, é preciso lembrar que se reconhecem várias dimensões de direitos fundamentais, e elas comumente estão em litígio. De fato, um direito fundamental de primeira dimensão pode duelar furiosamente com um de segunda, ou de terceira. Se alguns direitos fundamentais tomam a defesa intransigente do indivíduo, outros priorizam a solidariedade e a proteção das gerações futuras, com chances quase nulas de harmonização. Portanto, a ênfase nos direitos fundamentais não tem o condão de acalmar o processo civil, muito pelo contrário. Até porque, em princípio, tanto o autor como o réu devem ter os seus direitos fundamentais respeitados — outra equação cuja resolução frequentemente não se revela nada tranquila.

Dessa forma, qual a valia do modelo constitucional do processo civil? Certamente não é a descomplicação do processo, muito pelo contrário. Em compensação, o modelo constitucional serve para conectar o processo com as aberturas propiciadas pela era pós-positivista, deixando-o permeável ao trânsito dos valores e à incidência da realidade. Não é pouca coisa.

Outra grande linha metodológica a nortear o processo civil brasileiro é a linha instrumentalista, consagrada pela pena de Cândido Rangel Dinamarco. Nas clássicas palavras do mestre paulista, “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego.”¹⁹ Portanto, a visão instrumentalista é eminentemente teleológica, fixando-se nos escopos da jurisdição: escopos jurídicos, sociais e políticos. A par de significar um estupendo chamado à abertura dos horizontes do direito processual, o instrumentalismo estimula — em função principalmente da abertura que proporciona — conflitos significativos. Os próprios escopos do processo podem estranhar-se. Para um exemplo rápido, pense-se numa causa completamente madura para julgamento, sendo claríssimo o direito em jogo. Ocorre que o juiz sente alguma possibilidade de conciliação, demandando tal eventualidade uma nova audiência. O que deve fazer o juiz? Privilegiar o escopo jurídico (e a celeridade processual), proferindo de imediato sentença favorável à parte que tem indiscutivelmente razão? Ou investir no escopo social, buscando a todo custo a conciliação?

19 Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 181.

Mais do que nunca, como se vê, o terreno processual está inçado de questões altamente problemáticas, venham estas das próprias entranhas do processo, venham de fora, provenientes do ambiente tumultuado da pós-modernidade. Como enfrentar tais questões? Confiando simplesmente na sensibilidade de juízes sempre e sempre iluminados? À vista do sistema democrático vigente, tão arduamente conquistado, qual o caminho a seguir?

A resposta do texto já deve ter ficado clara. Se o imperativo da celeridade não pode ser menosprezado, o mesmo se diga da vocação do processo para a argumentação e a dialética, vocação que ganha especial relevo em tempos de incerteza.

5. EM PROL DO FORTALECIMENTO DA ARGUMENTAÇÃO NO PROCESSO

Concisamente, e sem qualquer pretensão de exaustividade, passaremos agora a enumerar propostas e tendências voltadas justamente para a promoção da argumentação e do diálogo no seio do processo.

Em primeiro lugar, focalize-se a jurisdição constitucional. Muito influenciada pela magnífica doutrina do alemão Peter Häberle, idealizador da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a jurisdição constitucional brasileira adotou mecanismos sumamente participativos, a exemplo do *amicus curiae* e das audiências públicas. Veja-se por exemplo a discussão, no Supremo Tribunal Federal, acerca das políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior: foi designada audiência pública para a oitiva de nada menos do que 38 pessoas envolvidas com o assunto, entre autoridades, estudiosos e representantes de movimentos organizados.²⁰ Esse proceder eleva significativamente o exercício da atividade argumentativa na jurisdição constitucional. Por outro lado, é claro que dá trabalho e toma tempo. Os julgamentos seriam mais céleres caso não se permitissem tais intervenções. Entende-se, no entanto, que a gravidade e a complexidade de certos assuntos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, bem como o pluralismo da nossa sociedade, recomendam, a bem do regime democrático, a intensificação da atividade argumentativa, mesmo em detrimento da tão almejada celeridade.

É certo que a jurisdição constitucional se reveste de características peculiaríssimas. Não menos exato, contudo, é o fato de que medidas

20 Informação colhida no site do STF em 12/01/09, estando a audiência pública relacionada à ADPF 186 e ao RE 597.285/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

semelhantes às que lá se veem são preconizadas também em referência aos juízos ordinários. Tome-se novamente a figura do *amicus curiae*. Sustenta Cassio Scarpinella Bueno a ampliação da atuação do *amicus curiae*, desgarrando-se assim das situações legalmente previstas: “No atual estágio do direito processual civil, os interesses subjacentes ao processo (...) têm de encontrar uma necessária forma de sua representação em juízo. Foi-se o tempo em que a ocorrência de um ‘interesse público’ no processo encontrava no exercício da função de *custos legis* pelo Ministério Público seu suficiente (e ‘exclusivo’) porta-voz. O aparecimento, a dispersão e a especialização cada vez maior de toda forma de interesses na sociedade e no próprio Estado (...) são dados que devem ser capturados pelo processo civil, sob pena de comprometimento de seus próprios escopos. Esse ‘espaço’, representativo desses interesses, é ocupado pelo *amicus curiae*. E de tantos *amici* quantos sejam os interesses dispersos, aguardando para serem ouvidos.”²¹

Por sinal, Cassio Scarpinella Bueno, na sua alentada obra sobre o *amicus curiae*, põe em relevo mais um motivo conducente ao fortalecimento do espaço argumentativo: a ampliação sensível, em nosso ordenamento processual, das hipóteses de decisões que se fazem vinculantes, algo que vai nos aproximando bastante do sistema de *common law*. O art. 285-A do CPC, com redação da Lei 11.277/06, representa o paroxismo dessa tendência: o juiz pode utilizar, como paradigma vinculante, uma outra sentença que ele mesmo tenha proferido em caso idêntico, independentemente (a se acreditar na literalidade do dispositivo) de observar ou não a jurisprudência predominante. Pois bem, um precedente vinculante, em virtude da transcendência que lhe é atribuída, deve merecer um cuidadoso processo de formação, no qual se faz indispensável o alargamento das possibilidades de argumentação e debate.

Para demonstrar cabalmente o que acabou de ser dito, faz-se oportuno citar primoroso voto vencido do Ministro Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial 911.802, versando sobre relevante questão consumerista (cobrança de “assinatura básica residencial” em serviço de telefonia), tendo sido o julgamento afetado à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, visando à produção de decisão uniformizadora.²² O caudaloso voto vencido de Benjamin começa pelo seguinte tópico: “Uma

21 Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 666-667.

22 REsp 911.802, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, julgamento por maioria em 24/10/07.

perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via da ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores”. É a parte que nos interessa aqui.

Em virtude da existência de déficit argumentativo, pondera o voto vencido que a demanda não poderia receber uma decisão uniformizadora: “Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.”

Em seguida, Herman Benjamin lamenta a precariedade do debate atinente àquele importante julgamento: “(...) Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra*, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, um gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (...).”

Conclui o Ministro Herman Benjamin: “Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7.347/85 e CDC).”

O belíssimo voto vencido de Herman Benjamin chama a atenção, nos trechos reproduzidos, para a importância do contraditório, como princípio e como garantia subjetiva, no momento atual do processo. Nem é preciso dizer que um contraditório forte serve à construção de um modelo processual favorável à atividade argumentativa. Aliás, também importa a esse modelo processual a valorização dos votos vencidos em decisões colegiadas (tema ao qual retornaremos adiante).

Em virtude dessa sintonia entre um processo com ênfase na argumentação e o princípio do contraditório, vale dedicar algum espaço ao princípio. Trata-se possivelmente do princípio mais reverenciado pela doutrina processual contemporânea, a ponto de ganhar lugar na própria definição de processo — conforme lição muito conhecida do festejado Elio Fazzalari, processo é todo procedimento em contraditório. Aqui no Brasil, abordagens muito ricas têm sido produzidas a respeito das potencialidades do princípio (ou garantia). Assim, a visão formal e limitada do contraditório, como mera ciência bilateral dos atos do processo acompanhada da possibilidade de uma reação, vai ficando superada. Em seu lugar, tem prevalecido uma leitura crescentemente substancialista e dinâmica do princípio, de resto uma leitura bastante apreciada na era pós-positivista. “Se há algo”, confirma Miguel Reale, “que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.”²³ Valendo-nos de expressão célebre de Ronald Dworkin, podemos dizer que também o contraditório é um direito a ser levado a sério — cada vez mais.

Um dos precursores entre nós dessa nova concepção do contraditório foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O processo, salienta o eminente doutrinador, é um diálogo, nunca um monólogo. Este “limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado (...).”²⁴ Portanto, “impõe-se ao Juiz prudente diálogo com as partes, seja chamando-as a seu gabinete para uma conversa informal (...), seja suscitando nos autos

23 Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 91.

24 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O juiz e o princípio do contraditório”, *Revista de Processo*, nº 73, jan./mar. 1994, p. 10.

a possibilidade de aplicação de tal ou qual norma, ou o exame da questão sob determinada perspectiva jurídica inovadora, ou informando ainda da possibilidade de ser apreciada, de ofício, questão totalmente nova e desconhecida dos litigantes.”²⁵

Na mesma trilha, temos a doutrina de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes. Em trabalho a quatro mãos, encarece-se o perfil ativo e dinâmico da garantia do contraditório, perfil que privilegia a faceta dialógica do procedimento e implica a necessidade de as alegações das partes serem levadas efetivamente em consideração pela fundamentação dos julgados, implicando ainda a nulidade das “decisões de surpresa”, contendo matéria não submetida à discussão das partes. Ressaltam os autores: “A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão-só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, *na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais* suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.”²⁶

O ótimo trabalho de Theodoro Júnior e Coelho Nunes possui o mérito adicional de pesquisar o contraditório à luz das perspectivas histórica e de direito comparado. Registra-se então o aviltamento sofrido pela garantia na primeira metade do século passado, quando o princípio autoritário do processo foi levado a um perigoso paroxismo (tendo como sintomático exemplo a Alemanha nacional-socialista), bem como a volta por cima, na ambiência das democracias constitucionais do pós-guerra. Fica dessa forma explicitada a notável veia política do contraditório dinâmico: além de favorecer a participação na seara judicial, aparece também como valioso instrumento de equilíbrio de poderes, compensando — e assim legitimando! — o inevitável aguçamento do ativismo material e formal dos juízes. O contraditório, esclarecem os

25 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O juiz e o princípio do contraditório”, cit., p. 11.

26 Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”, *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009, p. 137. Sobre a repercussão da nova dimensão do contraditório sobre o dever judicial de fundamentação, confira-se ainda Teresa Arruda Alvim Wambier, “A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão”, *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009, p. 53-65.

juristas mineiros, “não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício (...).”²⁷

Outro destacado autor nacional que assinala a transcendência do contraditório é Leonardo Greco, para quem o princípio significa a projeção do primado da dignidade humana no processo, transformando este em uma autêntica instância de diálogo: “Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente a todos os interessados.”²⁸ Mais. A afirmação do contraditório, para Greco, faz parte das exigências de um “processo de qualidade” — plenamente democrático e impregnado de humanismo —, exigências que dão ensejo a um sábio alerta, qual seja: “o que os cidadãos esperam do Judiciário não são somente decisões rápidas, mas especialmente decisões justas.”²⁹

Além dos reflexos já vistos, a promoção do contraditório e do exercício da argumentação transfigura institutos cruciais do direito processual. Veja-se o direito probatório. Discorrendo com proficiência sobre o assunto, sustenta Eduardo Cambi que estão em desenvolvimento novas perspectivas referentes aos poderes dos sujeitos processuais, as perspectivas “neoprivatista” e “neopublicista”. O que significam? Sem prejuízo do caráter publicístico do processo, “as partes devem estar munidas de todos os meios necessários para o exercício *pleno* da garantia constitucional do contraditório”;³⁰ por seu turno, a atuação do órgão judicial deve corresponder a essa valorização do contraditório e do debate, principalmente no momento da motivação das decisões. Onde entra a questão da prova? Simples: como o juiz, a bem da sua imparcialidade, deve tomar conhecimento dos fatos por meio das provas produzidas pelas partes, a prova, no dizer de Cambi, é o *argumento* mais importante de que dispõem as partes (levando em conta que *iura novit curia*). Ganha a prova, por conta disso, relevância ímpar: “A atividade probatória, enquanto *argumentação jurídica*, a ser desempenhada com preponderância pelas partes, exige visualizar a prova não somente como uma *atividade negativa* (*ônus*: per-

27 Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro..., cit., p. 125.

28 Leonardo Greco, “O princípio do contraditório”, *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 554.

29 Leonardo Greco, “O princípio do contraditório”, cit., p. 556.

30 Eduardo Cambi, “Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008”, *Revista de Processo*, nº 167, jan. 2009, p. 28.

de quem deixou de provar), mas como um instrumento indispensável à promoção da justiça.”³¹

No tocante às nulidades, invoque-se o magistério de Antonio do Passo Cabral. Em excelente monografia, propõe Cabral uma “teoria comunicativa dos atos processuais e das nulidades”. Trata-se de mais uma homenagem à ascensão do contraditório e da atividade argumentativa, ao mesmo em que se celebra o “retorno” ao procedimento e às partes: “Faz-se necessário, nos dias de hoje, um tratamento que inclua todos os sujeitos na descoberta da invalidação, em clima de participação, reconhecimento do outro e boa-fé. Todo esse quadro é permeado pela influência mútua e reflexiva que caracteriza o contraditório moderno, trazendo o processo para uma era comunicativa de interações intersubjetivas e do convencimento. Nesse cenário, retornamos ao processo, destacando a importância do procedimento sem esquecer dos valores que é destinado a cumprir.”³² Coerentemente, quanto à eventual invalidação dos atos processuais, sustenta Cabral: “O critério que justifica a invalidação é a significação comunicativa do defeito, vale dizer, se a atipicidade formal causou uma repercussão particularmente relevante para interferir nas condições de comunicação do debate processual.”³³

Outra proposta que merece citação é a da flexibilização procedimental, defendida com brilho por Fernando da Fonseca Gajardoni. Mais uma vez, o contraditório, a argumentação e o procedimento ocupam posição de destaque. Depois de invocar a célebre teoria da legitimação pelo procedimento, de Niklas Luhmann, assinala Gajardoni: “O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através dele as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil.”³⁴ Em consequência, o incremento do contraditório e da atividade argumentativa desarma as inevitáveis objeções atraídas pela tese de Gajardoni (fundadas no princípio da segurança jurídica): “a flexibilização procedimental, com alteração do rito padrão estabelecido por lei ou com

31 Eduardo Cambi, “Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008”, cit., p. 31-32.

32 Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno...*, cit., p. 363.

33 Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno...*, cit., p. 364.

34 Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 98.

a construção de um novo modelo ritual, não afeta o poder legitimante da decisão, desde que no processo tenha sido assegurada aos litigantes efetiva participação em contraditório.”³⁵

Abra-se parêntese para dizer que a valorização do contraditório e da argumentação ainda não foi devidamente assimilada na área recursal. Pelo contrário, o que se tem visto, sem maior reação da doutrina, é um contínuo sufocamento das chances de argumentação nessa área. Veja-se o caso do agravo interno. Na prática, consiste em melancólico simulacro de meio impugnativo, sem nenhum poder de fogo. Qualquer estatística a respeito revelará que quase cem por cento dos agravos internos são improvidos. Sinal de que as decisões monocráticas são realmente impecáveis e devem ser cada vez mais estimuladas? Não, sinal de que números e estatísticas são bem-vindos também no campo judiciário, mas devem ser apreciados com muito cuidado. Se raríssimos agravos internos são providos, é porque o seu procedimento — sobretudo quando a relatoria não troca de mãos — mostra-se totalmente avesso à argumentação e ao debate, o que reduz absurdamente as chances de êxito do agravante. Já se desenvolveu nas cortes brasileiras uma cultura de improvimento dos agravos internos. Em muitos órgãos colegiados, o provimento a um agravo interno é encarado como autêntica afronta pessoal ao relator. Pior: frequentemente, como se sabe, o colegiado não se digna sequer a julgar o agravo interno interposto, sendo simplesmente certificado o seu infalível improvimento.

Tem-se nos recursos, portanto, um território em boa porção avesso a garantias processuais elementares. Falar de contraditório como garantia de influência, em um contexto assim, chega a ser anedótico. Urge então que também o processo nos tribunais se veja bafejado pelo contraditório ativo e dinâmico. Independentemente de qualquer alteração legislativa, recomendam-se várias mudanças de rota. No mínimo, se é permitida sustentação oral no julgamento das apelações, a mesma possibilidade deve ser assegurada no julgamento dos agravos internos derivados de apelação.

Feche-se o parêntese. Sem embargo do déficit garantístico verificado na área recursal, o fortalecimento do contraditório e do debate é sem dúvida uma tendência vigorosa do processo contemporâneo. Tanto assim que se fala na emergência de um novo princípio processual, o princípio da cooperação. Fredie Didier Junior declina as coordenadas desse novo princípio: “O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as

35 Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental...*, cit., p. 98.

partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. (...) O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.”³⁶

Poderíamos mencionar inúmeros outros autores e obras,³⁷ mas não é necessário. Já ficou demonstrado que, ao lado da demanda incessante por celeridade, uma outra tendência também se desenvolve, não exatamente oposta à primeira, mas podendo sim atçar colisões. De fato, um “processo de qualidade” (nas palavras já citadas de Leonardo Greco), forte no diálogo e no debate, exige mais tempo. É um acréscimo de tempo inevitavelmente bem empregado — mas, ainda assim, acréscimo de tempo.

6. A BUSCA DO EQUILÍBRIO

Insista-se na tecla: não somos contrários, de maneira alguma, à empresa da aceleração da prestação jurisdicional. Nem poderíamos ser. A morosidade processual costuma ser muito perversa socialmente, prejudicando sobretudo os mais carentes. Além disso, a aceleração da prestação jurisdicional viu-se transformada, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, em direito fundamental expresso (art. 5º, LXXVIII, da Constituição).

Sem embargo, é evidente que a celeridade processual não pode ser encarada como valor absoluto e invencível, um direito magno a se deslocar

36 Fredie Didier Junior, “O princípio da cooperação: uma apresentação”, *Revista de Processo*, nº 127, set. 2005, p. 76-77. Preconizando uma interessante cooperação com reflexos nos recursos excepcionais, consulte-se Teresa Arruda Alvim Wambier, “Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere — ainda sobre o prequestionamento”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 6, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 513-531.

37 Poderíamos até mesmo invocar tendências similares em outros ramos jurídicos. No direito administrativo, por exemplo, a consensualidade vai-se afirmando como opção preferível à imperatividade, e a participação passou a ser realçada (cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, e Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003). Outro bom exemplo é o direito do consumidor, que, além de adotar como princípio fundamental a transparência máxima das relações de consumo, incentivou ainda o avanço da transparência fora das fronteiras consumeristas (nesse sentido, José Augusto Garcia de Sousa, “Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006, p. 232-280).

no solo processual com a pujança de um rolo compressor. Não. Também a celeridade é meio, não fim. Sem que haja um mínimo de qualidade na prestação jurisdicional, o sentido positivo da celeridade desvirtua-se por completo. Se a decisão judicial é equivocada, melhor que venha morosa do que a jato...

Em artigo esplêndido, dedicado exatamente aos “mitos” que povoam a Justiça, José Carlos Barbosa Moreira assinalou: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”³⁸

Questão correlata é a da publicização do processo, entendida como a concessão, aos juízes, de poderes formais e substanciais cada vez mais robustos. Tal publicização é muito associada ao propósito da celeridade. A associação procede. O aguçamento dos poderes judiciais pode realmente ser útil à construção de um processo mais célere e efetivo. Entretanto, não se trata de fenômeno desprovido de efeitos colaterais indesejáveis. Por óbvio, o juiz encarna o Estado e exerce poder. Assim, é bastante natural — quem o diz é a teoria da democracia — que a publicização estimule excessos e descaminhos. Mais uma vez a temperança se faz essencial. Se a publicização é uma tendência cara aos tempos atuais, não se mostra possível, por outro lado, relaxar os mecanismos de controle sobre a atividade do juiz, aí incluídos controles endoprocessuais e extraprocessuais (tudo implicando, inevitavelmente, uma carga suplementar de tempo). Mais ainda, é preciso pensar no processo, em termos estratégicos, sem perder de vista a possibilidade do erro judicial. Um processo que cultive como premissa a falibilidade reduzida dos magistrados é um processo desengomadamente irreal. Também os juízes falham, e não é pouco. Assim como falham integrantes das outras carreiras jurídicas, autoridades dos outros Poderes, profissionais liberais, artistas, desportistas, religiosos...

Aonde queremos chegar? A um alvo muito fácil de pronunciar, mas difícilimo de alcançar: o processo equilibrado, razoável, adequadamente balanceado. Se o equilíbrio sempre foi de ouro para o direito e para o processo, mais ainda em quadras conturbadas como a que atravessamos.

O que torna um processo equilibrado? Em que pese a complexidade da questão, ao menos alguns traços relevantes podem ser aponta-

38 José Carlos Barbosa Moreira, “O futuro da Justiça: alguns mitos”, *Temas de Direito Processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 5.

dos aqui. Em um processo equilibrado, o predicado da efetividade não é aferido por um prisma puramente quantitativo, mas também qualitativo. Efetivo não é apenas o processo que, em pouco tempo, proporciona o bem da vida à parte que está com a razão, mas é também o processo que consegue respeitar as garantias de quem *não* tem razão. Até porque hoje em dia, como já foi reiterado, ficou muito mais árduo descobrir previamente a parte que está com a razão. Mais do que nunca, insista-se, é no processo, argumentando e debatendo, que a razão aparece.

Além disso, um processo equilibrado aposta na pluralidade de linhas axiológicas e técnicas. Ele não fecha portas. Abre-se para o amanhã sem descurar de experiências passadas, sendo estas repaginadas valorativamente. Se o formalismo já se confundiu com burocratismo e insensibilidade, hoje tem uma importante função garantística. O grande negócio do processo equilibrado é a diferenciação, a versatilidade, a aptidão para cuidar de situações heterogêneas. Surge aí uma clara convergência em relação à jusfilosofia predominante. Para o correto equacionamento dos casos considerados difíceis, o pós-positivismo exalta os princípios e a ponderação. São técnicas diferenciadas para casos especiais. Sem embargo, continuam ativos as regras e o método subsuntivo. Para cada caso, então, procura-se o arsenal adequado. É um grande esforço de diferenciação, que serve para valorizar os casos concretos. Da mesma forma deve atuar o processo contemporâneo: forte no pluralismo e na diversificação.³⁹

Enfim, um processo equilibrado deve realmente lutar pela aceleração da prestação jurisdicional, até incrementando o seu grau de publicização. Mas o preço não pode ser o sufocamento dos espaços reservados ao contraditório e à argumentação, nem o esvaziamento dos mecanismos de controle da atividade judicial. Uma tendência não pode esmagar a outra. É claro, repita-se, que chegar ao balanceamento adequado consiste em tarefa nem um pouco tranquila. Fica menos penosa, todavia, se considerar a orientação pluralista logo acima mencionada. Há tipos de causa em que o empenho pela celeridade deve ser encarecido (por exemplo as causas repetitivas, muito comuns na Justiça Federal). Já outras modalidades de litigância exigem, sem olvidar a preocupação com

39 Lembre-se a propósito de valia da cognição, que representa não só um ângulo visual importante para o estudo do processo no plano teórico e em sua realização concreta, mas também “uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais” (Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 111).

a morosidade, um forte investimento na participação e na dialética (por exemplo, certas causas ligadas a direitos fundamentais).

Atentos às exigências do processo equilibrado e pluralista, passemos a abordar a figura que protagoniza este trabalho, os embargos infringentes.

7. A REFORMA PROCESSUAL E OS EMBARGOS INFRINGENTES

Chegamos finalmente à questão culminante do trabalho. À vista de tudo que foi exposto, sustentaremos a conveniência de a reforma processual preservar os embargos infringentes.

É certo que o recurso sempre despertou bastante controvérsia. Por pouco não foi alijado do sistema introduzido pelo Código de Processo Civil de 1973. Conforme relata José Carlos Barbosa Moreira, a manutenção dos embargos infringentes, no Código de 1973, foi surpreendente: “O Anteprojeto Buzaid pusera de lado os embargos de nulidade e infringentes, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas ‘causas de alçada’ (art. 561). (...) No projeto definitivo, porém, reapareceu aquele recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180º.”⁴⁰

Iniciada a vigência do estatuto processual de 1973, as críticas continuaram veementes. E elas se mostravam bem ponderosas naquela época. Afinal, qualquer divergência no julgamento de apelações e ações rescisórias, por mais estapafúrdia que fosse, já justificava os embargos infringentes. Não era, realmente, um formato razoável. A dilatação temporal provocada pelo recurso não se fazia acompanhar por uma contrapartida valorativamente forte.

Entre a manutenção integral e a abolição pura e simples dos embargos infringentes, optou o legislador brasileiro, sabiamente, pelo caminho intermediário. A Lei 10.352/01 manteve o recurso mas lhe apôs restrições relativas ao cabimento, de molde a torná-lo muito mais razoável.⁴¹ Passou

40 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 518-519.

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

a prevalecer então (pelo menos no que diz respeito aos embargos infringentes derivados de apelação) critério que Cândido Rangel Dinamarco chama de “futebolístico”, à medida que o cabimento do recurso exige um “empate” de dois a dois — de um lado, o juiz de primeiro grau e o voto vencido na apelação; do outro, os dois votos vencedores —, ficando o desempate para a hora dos embargos infringentes, que funcionam como “prorrogação”.⁴² Outra alteração importante foi canalizar os embargos infringentes para os provimentos de mérito. Na redação original do art. 530 do CPC, dizia-se simplesmente: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória.” Após a Lei 10.352/01, o recurso passou a caber somente “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.” Reviveu-se dessa forma, indiretamente, o sistema de 1939, quando a apelação era dirigida apenas contra sentenças definitivas (art. 820 do CPC de 39⁴³).

A Lei 10.352/01 veio atestar a perseverança dos embargos infringentes em solo brasileiro. Nas palavras de Gisele Heloisa Cunha, “não há notícia da existência de um recurso que seja tão duramente criticado, e que, a despeito dos rigores da crítica, mantém-se no sistema recursal”.⁴⁴ Mesmo no novo formato, contudo, os embargos infringentes continuaram a atrair críticas e propostas de abolição, embora sem a mesma intensidade do período anterior às alterações promovidas pela Lei 10.352/01.⁴⁵ Por que o recurso deveria ser extinto? Porque ele continuaria sendo, segundo seus detratores, um recurso desprovido de maior utilidade, só servindo mesmo à procrastinação da tutela jurisdicional, tratando-se além do mais de uma figura sem equivalente no direito processual comparado.

Por outro lado, não são poucos, nem irrelevantes, os defensores do recurso.

42 Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 198.

43 “Salvo disposição em contrário, caberá apelação das decisões definitivas de primeira instância.”

44 Gisele Heloisa Cunha, *Embargos Infringentes*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

45 Vale mencionar, exemplificativamente, alguns autores desfavoráveis ao recurso: Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*, v. II, 15ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 100-101), Carlos Alberto Carmona (“O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica”, in Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 37-40), Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes (“Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro...”, cit., p. 128, especificamente na nota 71, na qual os autores inserem os embargos infringentes entre os “recursos absolutamente incongruentes”), José Rogério Cruz e Tucci (*Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 121-122) e Vicente Greco Filho (*Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 359-360).

Uma primeira opinião simpática vem da pena qualificada de José Carlos Barbosa Moreira, que já chegou a se pronunciar contrariamente à sobrevivência dos embargos infringentes. Com base porém na sua experiência judicante, Barbosa Moreira mudou de ideia e passou a preconizar a manutenção do recurso, contanto que houvesse restrições no respectivo cabimento, o que acabou se concretizando com a Lei 10.352/01.⁴⁶

Flávio Cheim Jorge é outro defensor dos embargos infringentes, posição que já exibia antes até das alterações da Lei 10.352/01. Ele mira principalmente a questão da segurança jurídica: “mesmo em um tribunal de segundo grau que não tem por fim precípua a interpretação e a uniformidade de uma lei federal, como ocorre no Superior Tribunal de Justiça, é inegável a situação de que, sendo uma decisão proferida por maioria de votos, a certeza do direito estará abalada, afastando-se também a segurança jurídica.”⁴⁷ Lembra o autor, ainda, que o voto do relator do recurso, nos tribunais brasileiros, quase sempre é acompanhado pelos demais integrantes da turma julgadora. “Dessa forma”, completa, “quando existe alguma divergência na Câmara ou Turma julgadora, faz-se necessário que haja novo julgamento, pois subentende-se que a matéria a ser reapreciada é de suma importância e merece ser devidamente esclarecida.”⁴⁸ Nem é preciso dizer que, após a Lei 10.352/01, os argumentos de Cheim Jorge ganharam uma consistência bem maior.

Pelo mesmo caminho segue Sérgio Shimura (escrevendo depois da Lei 10.352/01): “quando existe divergência na votação, divisa-se um momento de reflexão maior sobre determinado assunto, exigido maior cuidado em algum detalhe, criando-se, então, um espaço na sofreguidão da rotina invencível dos julgamentos. Também se oportuniza a composição das diferenças dentro do colegiado. Vislumbram-se, destarte, motivos para a permanência dos embargos infringentes em nosso sistema recursal.”⁴⁹

Por seu turno, Pedro Miranda de Oliveira rebate com vigor a argumentação favorável à extinção dos embargos infringentes: “Ora, dizer que o recurso deve ser abolido do sistema simplesmente porque subsiste

46 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 520.

47 Flávio Cheim Jorge, “Embargos infringentes: uma visão atual”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 262.

48 Flávio Cheim Jorge, “Embargos infringentes: uma visão atual”, cit., p. 264.

49 Sérgio Shimura, “Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 498.

apenas no Brasil não é argumento convincente. Aliás, tal argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. Isso nos faria crer que nossa ciência processual estaria um passo atrás da desenvolvida no continente europeu. E isso, definitivamente, não é verdade.”⁵⁰

Réplica semelhante é trazida por Gisele Heloisa Cunha: “não nos parece exato invocar a fonte histórica do instituto como fundamento de sua crítica, notadamente sua raiz medieval, ou entenderíamos medievais e fora de propósito vários institutos do processo que vigoram ainda hoje no sistema jurídico.”⁵¹

Para não esticar em demasia as citações, fiquemos apenas com mais uma, extraída do conhecido *Curso Avançado*, de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida: “a experiência tem mostrado sua [dos embargos infringentes] importância para o aprimoramento da prestação jurisdicional, na exata medida em que permite nova reflexão a respeito das questões trazidas ao tribunal, a partir do voto divergente obtido no julgamento colegiado.”⁵²

Expostos brevemente aspectos históricos do recurso e a polêmica que o cerca, é hora de alinhar as nossas razões em prol da manutenção dos embargos infringentes na grande reforma processual em andamento.

Antes de mais nada, cumpre refutar o discurso que atribui aos recursos grande parte da responsabilidade pela morosidade do processo.⁵³ Muito forte na mídia brasileira, ele transita bem, igualmente, entre os profissionais jurídicos. Como todo discurso reducionista, privilegia superfícies e não mostra maior disposição para enfrentar dados empíricos ou nuances do problema. Recursos atrasam o processo? Certamente que sim. Mas o próprio processo atrasa a vida. Nada mais rápido e fulminante do que a autotutela. Só que a civilização atual deplora, felizmente, a justiça pelas próprias mãos. Há então a necessidade imperiosa do processo, por mais

50 Pedro Miranda de Oliveira, “O novo regime dos embargos infringentes”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 611.

51 Gisele Heloisa Cunha, “Embargos Infringentes”, cit., p. 51.

52 Luiz Rodrigues Wambier (coordenador), Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 643.

53 Fazendo a mesma crítica, confirmam-se: E. D. Moniz de Aragão, “Demasiados recursos?”, *Revista de Processo*, nº 136, jun. 2006, p. 9-31; Teresa Arruda Alvim Wambier, “Excesso de recursos, um bode expiatório” (entrevista), *Revista Jurídica Consulex*, nº 193, 31 de janeiro de 2005. A mesma Teresa Arruda Alvim Wambier escreveu (“Restrições indevidas ao direito de recorrer”, *Revista de Processo*, nº 130, dez. 2005, p. 249): “Por alguma razão, que se sabe bem qual é, o nosso sistema recursal foi eleito para ser tratado como se fosse a causa de todos os males da jurisdição, inclusive e principalmente da morosidade dos processos. Sabe-se que este diagnóstico não é inteiramente verdadeiro.”

pesado que seja para as pessoas e para a sociedade. O mesmo se pode dizer dos recursos. Também eles consistem em um “mal” necessário, dada a exigência intransponível de ser minimamente democrático o sistema de justiça. Dessa forma, a “perda” de tempo ocasionada pelos recursos apresenta um sentido nobre. Por sinal, quando o procedimento recursal se arrasta demais, é preciso investigar com cuidado. Há disfunções que se materializam no campo recursal, mas na verdade possuem causas exteriores. Por exemplo: se uma corte gasta anos simplesmente para distribuir uma apelação, a culpa é do instituto dos recursos? Evidentemente que não. Mas são os recursos que acabam levando a má fama.

Nesse contexto adverso aos recursos, listam-se várias questões que não são devidamente consideradas. Porventura o “atraso” gerado pelos recursos é uniforme país afora? Afeta de igual forma Justiça Federal e Justiças estaduais? A área cível sofre tanto quanto a área penal? Nesta última parece realmente haver motivo para inquietação, à medida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal transformou a presunção de inocência em um superprincípio, reduzindo drasticamente a possibilidade de efetivação de medidas privativas de liberdade na pendência de quaisquer recursos (o que provoca situações clamorosas de impunidade). Será porém que o mesmo quadro se estende à Justiça cível? Essas e outras questões, conquanto relevantes, acabam soterradas pela caudalosa maré de repúdio aos recursos.

No plano mais dogmático, o panorama atual mostra-se da mesma forma desalentador para os recursos, que se acham recobertos por aquilo que podemos chamar de uma “bolha processual”. Bolha processual? Esclareça-se o significado: uma bolha tem a propriedade de isolar certos institutos dos avanços — ou parte expressiva desses avanços — da ciência processual. É sem dúvida o que está acontecendo com os recursos.⁵⁴ Repare-se, a propósito, que os desenvolvimentos recentes do princípio do contraditório (sobre os quais falamos na seção anterior) sentem uma dificuldade muito grande para penetrar no campo recursal. Pudera. É um campo no qual só têm sido ouvidos alguns verbos monocromáticos: eliminar, restringir, reter, sobrestar... Desse jeito, olvida-se a extrema relevância dos recursos para a configuração de um processo realmente democrático.

54 A jurisdição voluntária é outro bom exemplo de bolha processual, pois continua alheia a um regime minimamente garantístico (cf. Leonardo Greco, *Jurisdição Voluntária Moderna*, São Paulo, Dialética, 2003). Por seu turno, a execução durante muito tempo se mostrou inacessível aos esforços em prol da efetividade da jurisdição, quadro que se alterou nos últimos anos (cf. José Augusto Garcia de Sousa, “A nova execução civil: o que falta mudar”, *Revista Forense*, nº 394, nov./dez. 2007, p. 159-186).

É claro que essa corrente antirrecursos ajuda a empurrar os embargos infringentes para a beira do cadafalso, pois consistiriam eles na modalidade recursal mais “descartável” de todas, tanto assim que só no Brasil existe. No entanto, tal efeito, a bem da lógica, não deveria suceder, e aí vai um primeiro — e irrespondível — argumento a favor da preservação dos embargos infringentes. Explique-se. O discurso contra os recursos apoia-se no salutar propósito da celeridade. Podar os recursos seria um dos remédios mais potentes contra o inegável mal da morosidade. Só que extinguir os embargos infringentes não vai auxiliar em nada a campanha contra a morosidade, pela simples razão de que eles são, em termos numéricos, absolutamente insignificantes. Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânimes. Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana.

Assim, o primeiro argumento que se lança aqui já bastaria. Eliminar os embargos infringentes a troco de quê? O ganho em termos de celeridade, globalmente falando, seria nulo. À vista dessa constatação elementar, perde sentido por completo a proposta de eliminação.

Não existe, portanto, motivo para acabar. Pergunta-se por outro lado: e para manter o recurso? Haveria razões fortes? Em outras palavras, os embargos infringentes apresentam virtudes que justifiquem a sua preservação, sob um prisma positivo? Pensamos que sim.

Como acabou de ser visto, trata-se de recurso raro no cotidiano forense. Apesar disso, trazem os embargos infringentes benefícios bastante transcendentais para o sistema de justiça. Aliás, um bom sistema de justiça não deve contar apenas com remédios de massa, utilizáveis na maioria dos casos. Precisa também de produtos singulares, dotados de valias específicas. Daí por exemplo o incremento das tutelas diferenciadas, bem como a ascensão da arbitragem (um meio alternativo valioso, mas que serve a muito poucos). É da mescla entre remédios de massa e artigos de uso especial que se faz um sistema reverente às garantias fundamentais do processo.

Um primeiro traço positivo dos embargos infringentes diz respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição (art. 5º, *caput*). Quando derivados de apelação, lembre-se, somente são cabíveis

na hipótese de um “empate” de dois a dois. Segundo Vicente Greco Filho, seria falsa essa ideia de empate, “porque as decisões de primeiro e as de segundo grau são qualificadas e proferidas em perspectivas diferentes.”⁵⁵ Do ponto de vista formal, Greco Filho tem razão. Mas o que se quer hoje é um direito processual voltado cada vez mais para a substância, e à luz desse prisma substancial o que se enxerga, de fato, é um empate. Também os magistrados dos órgãos *a quo*, por óbvio, estão plenamente investidos de jurisdição. Não são meros conciliadores ou juízes leigos. Dessa forma, mesmo considerando o peso formalmente superior dos votos oriundos do órgão *ad quem*, fica caracterizada sem dúvida, sob o ângulo substancial, uma situação aguda de incerteza, insegurança. Só que a jurisdição existe exatamente para aplacar as crises de incerteza e insegurança que grassam no meio social. Jurisdição incerta não é jurisdição, é uma contradição em termos. Quando o nosso Código de Processo Civil exige que as sentenças sejam certas, ainda quando decidam relação jurídica condicional (art. 460, par. único), está apenas sendo didático. O artigo nem precisaria existir.

Configurada a incerteza, surgem os embargos infringentes, trazendo a solução, o desempate. É um desempate virtuoso, não só sob a perspectiva numérica mas também do ponto de vista procedimental, à medida que o recurso permite a reapreciação da matéria controvertida em bases privilegiadas, ficando o respectivo julgamento por conta exclusivamente da controvérsia. Assim, os embargos infringentes prestam realmente uma grande contribuição à segurança jurídica no terreno processual, dissolvendo situações de gritante incerteza. Confirma-se o que escrevemos há pouco: apesar de raros, os embargos infringentes trazem benefícios bastante transcendentais. Sem eles, graves incertezas judiciais não conseguiriam ser atacadas e suprimidas, ao menos no que concerne às vias ordinárias (sendo certo que as vias excepcionais estão cada vez mais inacessíveis). Em suma, situações raras e especiais de insegurança demandam um recurso igualmente raro e especial, os embargos infringentes. É um mecanismo imprescindível à afirmação da “cidadania processual” (expressão muito feliz de Sérgio Gilberto Porto⁵⁶).

Aduza-se que, no tocante aos julgados não unânimes de procedência em ações rescisórias, o apoio dos embargos infringentes à segurança

⁵⁵ Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 359.

⁵⁶ Sérgio Gilberto Porto, “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”, *Revista de Processo*, nº 112, out./dez. 2003, p. 23-32.

jurídica talvez se mostre ainda mais pronunciado.⁵⁷ Afinal, o que está em jogo é a própria coisa julgada, bastião maior da segurança no campo processual. Pensemos a propósito em um caso no qual o pleito rescisório tenha sido acolhido em função de apertada maioria. Seria razoável subtrair do sistema a possibilidade de um reexame ordinário da matéria? Certamente que não.

Outro aspecto muito positivo dos embargos infringentes, ligado ao que acabamos de ver, é o fato de representarem mecanismo destinado a pacificar conflitos jurisprudenciais. Numa época que valoriza intensamente tais mecanismos, os embargos infringentes devem ser estimulados e não suprimidos, assim como não devem ser suprimidos o incidente de uniformização de jurisprudência, o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial e os embargos de divergência. No caso específico dos embargos infringentes, saliente-se que eles desempenham um papel muito peculiar, servindo à promoção de decisões inovadoras dos juízes de primeiro grau. Pedro Miranda de Oliveira explica muito bem como isso acontece: “Destacamos como principal fator para mantê-los sua função de ‘ventilar’ a jurisprudência, trazendo à tona os entendimentos minoritários de vanguarda. Sabemos que o processo de mudança da jurisprudência é lento. E o processo se dá de baixo para cima e não o inverso. Os entendimentos surgem, invariavelmente, no primeiro grau de jurisprudência, e começam a seduzir, aos poucos, um ou outro membro dos tribunais. Para que esses entendimentos tomem corpo dentro das cortes não podemos podá-los ainda dentro das câmaras. É necessário levá-los para órgãos que tenham um maior número de membros. E o meio pelo qual se atinge esse fim é o recurso de embargos infringentes. Não existisse tal veículo quantos entendimentos vanguardistas teriam morrido com seus votos minoritários?”⁵⁸

Esse efeito de consolidação de teses inovadoras, proporcionado pelos embargos infringentes, já é notável, mas insinua algo ainda maior. Insinua a grande virtude objetiva do recurso, que é a de contribuir para o fortalecimento da argumentação no ambiente processual. Consoante

57 Nesse sentido, manifesta-se Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, v. II, cit., p. 102: “a decisão que, por maioria, julga procedente o pedido de rescisão revela uma divergência quanto a ser ou não caso de desconstituição da coisa julgada material. Sendo esta uma garantia de estabilidade jurídica e social, considerou-se necessária a existência de um mecanismo que permitisse conferir o acerto de tal desconstituição, e tal mecanismo é o recurso chamado de embargos infringentes.”

58 Pedro Miranda de Oliveira, “O novo regime dos embargos infringentes”, cit., p. 611-612.

foi examinado anteriormente, em tópico específico, uma das tendências marcantes do processo contemporâneo é privilegiar o contraditório, a participação e a argumentação. Significativa, para essa tendência, é a colaboração dos embargos infringentes.

De uma forma geral, qualquer recurso, em maior ou menor grau, consubstancia terreno fértil para a argumentação. “O julgamento nas instâncias recursais”, demonstra Paulo Roberto Soares Mendonça, “é nitidamente fundado em um processo argumentativo, com a discussão de teses entre os juízes e a exposição individualizada dos votos.”⁵⁹ Nos embargos infringentes, sobe de tom essa índole argumentativa. Afinal, há um fator que faz toda a diferença: a divergência em que o recurso está baseado. O mesmo Soares Mendonça aduz: “Os órgãos colegiados ainda são de grande interesse para a Teoria da Argumentação, quando aplicada ao direito, porque existe a possibilidade do registro do chamado ‘voto de divergência’ por parte do juiz, cuja tese não tenha prevalecido no órgão colegiado. Em tal circunstância fica evidente o caráter argumentativo das decisões dos tribunais, inclusive com o reconhecimento oficial da tese minoritária (‘voto vencido’).”⁶⁰

Na hipótese então de eliminação dos embargos infringentes, toda essa estrutura voltada para a argumentação se perderia, o que seria lastimável. E mais. Um autêntico anticlímax, do ponto de vista argumentativo, seria produzido. Mal se manifestaria a polêmica nos autos, revelada pelo julgamento colegiado, e ela se veria abruptamente abortada nas vias ordinárias, restando inexploradas as ricas perspectivas hermenêuticas ligadas ao aprofundamento da discussão. Ou seja, no momento mais propício ao acirramento argumentativo da controvérsia, esta subitamente se fecharia. Lembrando sempre: após a Lei 10.352/01, só polêmicas qualificadas — em que a “minoría” é composta pelo entendimento comum de dois magistrados — dão ensejo aos embargos infringentes.

Nunca é demais repisar a ênfase argumentativa do processo dos nossos dias, filho do pós-positivismo e da pós-modernidade. Eventual abolição dos embargos infringentes, insista-se, entraria em choque com esse viés argumentativo do processo contemporâneo. Estaríamos fechando os olhos para contextos de grande relevância, o que se poria em frontal con-

59 Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, cit., p. 142.

60 Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, cit., p. 142-143.

tradição com a metodologia instrumentalista, que preconiza justamente uma visão contextualizada do direito processual.⁶¹

Essas virtudes objetivas que acabamos de enunciar já são muito ponderosas, mas não são as únicas. Também sob a ótica subjetiva, vantagens nem um pouco desprezíveis podem ser contabilizadas. E dão a perceber, mais uma vez, que a manutenção dos embargos infringentes vai ao encontro de linhas altamente prestigiadas pela dogmática processual contemporânea.

Tomemos, com efeito, a perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos. Como se sabe, um dos aspectos revolucionários do movimento do acesso à justiça, quicá o aspecto mais revolucionário, foi propor a substituição da tradicional perspectiva dos “produtores” do sistema pela perspectiva dos “consumidores”. Com a palavra, o grande comandante do movimento do acesso à justiça, Mauro Cappelletti: “(...) essa foi, essencialmente, a perspectiva dos *processors*, ou seja, daqueles que chamaríamos os produtores do sistema; enquanto, ao contrário, o nosso ponto de vista é aquele dos *consumers of law and government*. Mas é, precisamente, esta nova perspectiva a que melhor convém, obviamente, a uma sociedade democrática, livre e aberta, que deve pretender que os seus *official processors* assumam sua função não numa visão ‘ptolomaica’ do direito e do Estado, mas em vista do bem-estar dos consumidores, que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa.”⁶²

Mais concretamente, o que significa essa perspectiva dos consumidores? Significa, basicamente, vestir as sandálias do jurisdicionado leigo, procurar auscultar as suas agruras, não esquecer do pensamento da “sociedade aberta” de Peter Häberle em qualquer operação hermenêutica. Significa, também, preocupar-se com *l’uomo della strada* de Piero Calamandrei, “o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto”.⁶³ É a partir da perspectiva dos consumidores

61 Que é, naturalmente, a mesma visão preconizada pelo movimento do acesso à justiça, caríssimo à fase instrumentalista. Declara Mauro Cappelletti (“Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Forense*, nº. 326, abr./jun. 1994, p. 121): “O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção ‘contextual’ do direito.”

62 Mauro Cappelletti, “Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento”, *Processo, Ideologias e Sociedade*, v. 1, tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 393.

63 Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada material”, *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003, p. 32.

dos serviços jurídicos que se firma a tutela jurisdicional como uma tutela voltada não exatamente para direitos, mas sim para pessoas, mirando sobretudo a felicidade e a melhor qualidade de vida delas.⁶⁴

Olhos postos na perspectiva dos consumidores, indague-se: o que pensará o homem do povo, o bom pai de família, acerca de um processo em que ele seja parte e se configure o referido “empate” de dois a dois? Ele vai pensar, à evidência, que deve haver um desempate, um “tira-teima”, coisa a cargo dos embargos infringentes. Sem o recurso, enorme seria a perplexidade — e o inconformismo — do homem da rua prejudicado: “se ficaram do meu lado tantos homens da lei quantos ficaram do outro lado, como pode o outro lado ter vencido?” Nada mais natural. O próprio beneficiado pela ausência dos embargos infringentes estranharia (mas aí, evidentemente, seria uma surpresa bastante agradável). Seja qual for a posição na lide, não é compreensível para o homem médio a falta de um desempate nas hipóteses que propiciam, de acordo com a Lei 10.352/01, os embargos infringentes. E um sistema processual de cariz humanista, sensível à perspectiva dos consumidores dos serviços jurídicos, não pode permitir jamais a dor e o inconformismo profundos de um jurisdicionado que se descobre derrotado mesmo tendo a seu favor o mesmo número de magistrados que apoiou a parte vencedora.

É certo que mentes mais pragmáticas podem julgar excessivamente individualista a perspectiva dos consumidores, devendo prevalecer uma ótica mais coletivista. Várias são as razões pelas quais essa eventual réplica não merece ser acolhida. Primeiro lugar: como já frisamos, o fim dos embargos infringentes não beneficiaria minimamente o interesse coletivo. Porém, ainda que o fizesse, é preciso ver que a ordem jurídico-constitucional brasileira tem como valor central a dignidade da pessoa humana. Em qualquer canto do nosso ordenamento, os interesses coletivos podem ser considerados, mas desde que não se olvidem, em momento algum, os

64 Em texto primoroso, leciona Cândido Rangel Dinamarco (“Tutela jurisdicional”, *Revista de Processo*, nº 81, jan./mar. 1996, p. 71-72): “A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do processo civil *de resultados não* é uma tutela a *direitos* mas a *pessoas*. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos *direitos* como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção. Como técnica destinada a proporcionar *ao homem* melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e consequente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por que erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito”.

lídimos anseios individuais.⁶⁵ E mais. A preservação dos embargos infringentes não privilegia apenas a perspectiva dos consumidores. Atente-se para a perspectiva mais geral do sistema processual brasileiro, calcado fortemente na inafastabilidade substancial do controle jurisdicional. Seria compatível, com um sistema assim, a possibilidade de a esfera jurídica de alguém sofrer prejuízo com base em uma decisão extremamente dividida? Não parece nem um pouco.

Toda a nossa argumentação ganha ainda maior densidade quando se imagina a hipótese de a decisão dividida envolver direitos fundamentais. Dentro do universo das decisões suscetíveis de ataque pela via dos embargos infringentes, é uma hipótese nada rara. Tome-se como exemplo um caso em que estamos atuando, na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Foi movida ação para que determinado preso, ex-policia militar (excluído da corporação em razão do crime que cometeu), pudesse continuar cumprindo sua pena em prisão reservada a policiais. Não temos a menor simpatia em relação a prisões especiais, mas o caso é diferente. Por mais hediondo que tenha sido o crime perpetrado, não se admite entre nós a pena de morte. E muito provavelmente seria essa a pena que colheria o autor da demanda caso fosse transferido para uma prisão comum. O risco seria altíssimo. Ele ficaria logicamente separado dos outros presos, mas na primeira rebelião que ocorresse — algo frequente em nosso caótico sistema penitenciário — seria alcançado e chacinado. Portanto, a causa diz respeito realmente a direitos fundamentais. Em jogo está o direito mais fundamental de todos: a vida.

Pois bem, deu “empate” nesse processo relacionado a direitos fundamentais: a sentença de procedência foi reformada por maioria em grau de apelação. Interpuseram-se então embargos infringentes e a controvérsia foi submetida à Câmara Cível em que oficiamos, tendo esta, enfim, dado provimento ao recurso (no tocante ao mérito, por unanimidade), restaurando a sentença de procedência.⁶⁶ Portanto, se não houvesse os

65 No próprio direito administrativo, tal orientação tem sido valorizada. Confira-se a respeito Daniel Sarmento (organizador), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

66 Embargos Infringentes 2008.005.00440, Rel. Jds. Des. Mauro Martins, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento em 21/01/10. Vale acrescentar que se trata de mandado de segurança, o que complicou bastante o julgamento dos embargos infringentes (interpostos pelo defensor público da Câmara Cível que julgou a apelação — no Rio de Janeiro, os embargos infringentes são julgados por Câmara diversa). Ainda que não fosse aplicável a nova legislação do mandado de segurança — a Lei 12.016/09 foi editada após a interposição do recurso —, que veda expressamente os embargos infringentes, a jurisprudência já era bem sólida no mesmo sentido. Não obstante, a Décima Primeira Câmara Cível, com admirável espírito instrumentalista, acolheu a nossa argumentação em prol do cabimento do recurso (por maioria de três a dois), dada a relevância da causa. No mérito, depois de ultrapassada por estreita maioria a preliminar, o julgamento foi unânime, como já mencionado.

embargos infringentes, teria ficado incólume julgado desfavorável aos direitos fundamentais (com remota chance de mudança nas instâncias excepcionais), apesar da funda divergência ocorrida, o que representaria verdadeira aberração do ponto de vista constitucional. Em nossa ordem jurídica, e em qualquer ordem democrática, a proteção aos direitos fundamentais deve ser a mais ampla e substancial possível, inclusive — e principalmente — no âmbito judiciário. O processo da era pós-positivista é um processo visceralmente amigo dos direitos fundamentais.

Independentemente de todas as razões já expendidas, só o caso concreto que acabamos de mencionar já é suficiente para demonstrar o imperativo da manutenção dos embargos infringentes. Uma ordem processual reverente às garantias fundamentais, já o dissemos, não descuida das necessidades especiais apresentadas por determinados casos. Levar a sério a dignidade humana é valorizar a riqueza e a complexidade dos casos concretos, não deixando nenhuma peculiaridade relevante sem tratamento adequado. Um sistema processual insensível à diversidade é um sistema que, a pretexto de agradar às estatísticas, acaba esquecendo o homem. Nos casos envolvendo afirmação de direitos fundamentais, mostra-se absolutamente imprescindível, insista-se, o “desempate” propiciado pelos embargos infringentes, sobretudo quando os direitos fundamentais parecem estar levando a pior (como ocorreu no caso extraído da nossa vivência prática).

8. ENFIM, UM RECURSO INDISPENSÁVEL

Estão enunciadas, pois, as virtudes maiores dos embargos infringentes. À vista dessas virtudes, verifica-se que o recurso ostenta uma relação custo-benefício formidável. Por um lado, dada a excepcionalidade do seu cabimento, é um recurso “barato” e que “pesa” pouco, não atrapalhando minimamente, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Por outro lado, os embargos infringentes, quando ativados, produzem efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente.

Não é nada fácil, reitere-se, estruturar um ordenamento processual equilibrado. Achar o ponto ótimo de equilíbrio afigura-se, assiduamente, tarefa das mais inglórias. Isso não impede que seja percebida a existência de algumas medidas claramente irrazoáveis e infensas ao almejado equilíbrio. Uma dessas medidas impróprias, por tudo que foi visto aqui, seria a abolição dos embargos infringentes.

Aduza-se que abolir agora os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso de um perfil mais equilibrado e razoável.⁶⁷ Não bastasse, incidiríamos em vezo repetidamente criticado por José Carlos Barbosa Moreira: proceder a reformas processuais desligadas de estudos empíricos adequados e sólidos. Com efeito, quem sabe dizer o percentual de embargos infringentes providos em território brasileiro? Aparentemente, um bom número acaba tendo provimento. Confirmando-se tal impressão, fica ainda mais indefensável a eliminação do recurso.

Vamos ainda além. O melhor, em verdade, seria ampliar um pouco o cabimento dos embargos infringentes, suprimindo-se a sua adstrição a julgamentos de mérito. Quase não arranhando a excepcionalidade dos embargos infringentes, tal modificação teria o condão de simplificar bastante o cabimento do recurso, desvinculando-o da tormentosa questão do mérito. Conforme a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, “definir o que seja o mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo”.

O principal mesmo, porém, é conservar os embargos infringentes, homenageando assim linhas evolutivas da mais alta significação na dogmática contemporânea. Se a complexidade do direito cresce exponencialmente nos dias atuais, não há lógica nenhuma em tornar o sistema processual mais arredo à argumentação e ao debate. Diminuir por diminuir o número de recursos, em atenção ao mantra de que há recursos em excesso entre nós, não vai contribuir, certamente, para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro.

9. RESENHA FINAL

Seguem, de forma resumida, as ideias principais deste trabalho:

A) Sem se negar de maneira alguma o mérito da dura batalha travada contra o tempo em terras processuais, não se pode deixar de observar que o processo, paradoxalmente, carece cada vez mais do seu grande inimigo! De fato, à medida que o processo judicial vai ganhando complexidade e transcendência sem precedentes na história, um tempo

67 Sobre a Lei 10.352/01, que conseguiu melhorar bastante o recurso, sem o extinguir, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 314): “Pensamos, por conseguinte, ter agido com equilíbrio o legislador, ao restringir a hipótese de cabimento dos embargos, sem bani-los da sistemática dos recursos no processo civil brasileiro.”

mais dilatado — para argumentos e debates — lhe é indispensável em não poucos casos. Eis aí o grande dilema do processo nos dias atuais.

B) Velocidade e incerteza são dois grandes signos do nosso tempo, intimamente conectados. O ritmo acelerado atropela sem dó os juízos reflexivos. O homem contemporâneo não consegue processar a contento tantas transformações súbitas, impulsionadas por uma tecnologia cada vez mais prodigiosa. Ocorre que o tempo da filosofia, evidentemente, mantém-se muito mais cadenciado. Desse hiato crescente entre a filosofia e a tecnologia, já quase um abismo, derivam, como não poderia deixar de ser, perplexidades insolúveis, combustível poderoso para a grande fogueira da incerteza. Agravando o estado de incerteza, temos a presença do pluralismo, outra força marcante do mundo contemporâneo. O pluralismo apresenta aspectos bastante salutares, mas não opera maravilhas apenas. Ele tem um grande potencial para gerar inquietude e desnortamento, sobretudo quando desarruma — com o posterior endosso do direito — convicções seculares em temas-chave.

C) Naturalmente, também o direito é um território tomado hoje pela incerteza e pelo pluralismo. Isso contribui para o avigoramento da faceta discursiva do direito. Numa era de incertezas, tal efeito é bastante esperado. Se faltam as verdades (apriorísticas) essenciais, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a esse esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*, por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e inegáveis virtudes democráticas ao procedimento decisório. É essa a racionalidade jurídica talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados...

D) O processo assume, dentro da nova racionalidade jurídica, uma função ímpar, servindo como palco privilegiado para o fomento da atividade argumentativa. É a instância argumentativa diletta do pós-positivismo.

E) Altera-se também, com a incidência da racionalidade pós-positivista, a própria teleologia do processo. Ele deixa de ser o instrumento destinado puramente a declarar e realizar um direito material prévio. Nos

dias atuais, mais do que nunca, o processo — é preciso dizer com todas as letras, sem ressalvas — *cria* direitos.

F) Reconhecida a existência de um processo autenticamente criador de direitos, a argumentação — cujo incremento contribuiu para a própria formação desse novo modelo — fica ainda mais valorizada. Um processo criador assume graves responsabilidades, perante a sociedade e o Estado. Logo, deve atrair controles mais severos, sob pena de gerar imperdoável déficit democrático. Vem daí a necessidade imperiosa de procedimentos e técnicas que estimulem a argumentação e o debate no seio do processo. Só assim se legitimará democraticamente a crescente atividade criativa do Judiciário.

G) A dogmática processual tem captado muito bem a necessidade de fortalecimento da atividade argumentativa no processo. Sinal claro disso se vê nas ricas abordagens teóricas acerca do princípio do contraditório. Trata-se possivelmente do princípio mais reverenciado pela doutrina processual contemporânea. Graças a tal empenho, a visão formal e limitada do contraditório, como mera ciência bilateral dos atos do processo acompanhada da possibilidade de uma reação, vai ficando superada. Em seu lugar, tem prevalecido uma leitura substancialista e dinâmica do princípio, de resto uma leitura bastante apreciada na era pós-positivista.

H) É pena, não se deixe de observar, que a valorização do contraditório e da argumentação não tenha sido ainda assimilada na área recursal. Pelo contrário, o que se tem visto, sem maior reação da doutrina, é um contínuo sufocamento das chances de argumentação nessa área. O melhor exemplo a respeito é o agravo interno, na prática um melancólico simulacro de meio impugnativo, sem nenhum poder de fogo. Urge então que também o processo nos tribunais se veja bafejado pelo contraditório ativo e dinâmico. Independentemente de qualquer alteração legislativa, recomendam-se várias mudanças de rota. No mínimo, se é permitida sustentação oral no julgamento das apelações, a mesma possibilidade deve ser assegurada no julgamento dos agravos internos derivados de apelação.

I) Sem embargo do déficit garantístico verificado na área recursal, o fortalecimento do contraditório e da argumentação é, sem dúvida, uma tendência vigorosa do processo contemporâneo. Tanto assim que se fala na emergência de um novo princípio processual, o princípio da cooperação, encarecendo ao máximo o diálogo entre o juiz e as partes. Dessa forma, ao lado da demanda incessante por celeridade, uma outra tendência

também se desenvolve, não exatamente oposta à primeira, mas podendo sim atíçar colisões. De fato, um processo forte no diálogo e no debate exige mais tempo. É um acréscimo de tempo inegavelmente bem empregado — mas, ainda assim, acréscimo de tempo.

J) Não somos contrários, de maneira alguma, e nem poderíamos ser, à empresa da aceleração da prestação jurisdicional. Sem embargo, é evidente que a celeridade processual não pode ser vista como valor absoluto e invencível, um direito magno a se deslocar no solo processual com a pujança de um rolo compressor. Não. Também a celeridade é meio, não fim. Sem que haja um mínimo de qualidade na prestação jurisdicional, o sentido positivo da celeridade desvirtua-se por completo. Se a decisão judicial é equivocada, melhor que venha morosa do que a jato...

K) Se o equilíbrio sempre foi de ouro para o direito e para o processo, mais ainda em quadras conturbadas como a que atravessamos. O que torna um processo equilibrado? Em que pese a complexidade da questão, ao menos alguns traços relevantes podem ser apontados. Em um processo equilibrado, o predicado da efetividade não é aferido por um prisma puramente quantitativo, mas também qualitativo. Efetivo não é apenas o processo que, em pouco tempo, proporciona o bem da vida à parte que está com a razão, mas é também o processo que consegue respeitar as garantias de quem *não* tem razão. Até porque hoje em dia, como já foi reiterado, ficou muito mais árduo descobrir previamente a parte que está com a razão. Mais do que nunca, insista-se, é no processo, argumentando e debatendo, que a razão aparece.

L) Além disso, um processo equilibrado aposta na pluralidade de linhas axiológicas e técnicas. Ele não fecha portas. Abre-se para o amanhã sem descurar de experiências passadas, sendo estas repaginadas valorativamente. Se o formalismo já se confundiu com burocratismo e insensibilidade, hoje tem uma importante função garantística. O grande negócio do processo equilibrado é a diferenciação, a versatilidade, a aptidão para cuidar de situações heterogêneas. Surge aí uma clara convergência em relação à jusfilosofia predominante. Para o correto equacionamento dos casos considerados difíceis, o pós-positivismo exalta os princípios e a ponderação. São técnicas diferenciadas para casos especiais. Sem embargo, continuam ativos as regras e o método subsuntivo. Para cada caso, então, procura-se o arsenal adequado. É um grande esforço de diferenciação, que serve para valorizar os casos concretos. Da mesma forma deve atuar o processo contemporâneo: forte no pluralismo e na diversificação.

M) É à luz das exigências do processo equilibrado e pluralista que devemos analisar os embargos infringentes, objeto central deste artigo.

N) Os embargos infringentes sempre foram alvo de muita polêmica. A Lei 10.352/01 manteve o recurso, mas lhe apôs restrições relativas ao cabimento, de molde a torná-lo muito mais razoável. Passou a prevalecer então (pelo menos no que diz respeito aos embargos infringentes derivados de apelação) critério dito “futebolístico” (Dinamarca), à medida que o cabimento do recurso exige um “empate” de dois a dois — de um lado, o juiz de primeiro grau e o voto vencido na apelação; do outro, os dois votos vencedores —, ficando o desempate para a hora dos embargos infringentes, que funcionam como “prorrogação”. Outra alteração importante foi canalizar os embargos infringentes para os provimentos de mérito.

O) Mesmo no novo formato, os embargos infringentes continuaram a atrair críticas e propostas de abolição, embora sem a mesma intensidade do período anterior às alterações promovidas pela Lei 10.352/01. Por que o recurso deveria ser extinto? Porque ele continuaria sendo, segundo seus detratores, um recurso desprovido de maior utilidade, só servindo mesmo à procrastinação da tutela jurisdicional, tratando-se além do mais de uma figura sem equivalente no direito processual comparado. Por outro lado, não são poucos, nem irrelevantes, os defensores do recurso. Aderimos à corrente defensiva. Entendemos que há inúmeras boas razões no sentido da preservação do recurso.

P) Na defesa dos embargos infringentes, cumpre refutar, antes de mais nada, o discurso que atribui aos recursos grande parte da responsabilidade pela morosidade do processo. Muito forte na mídia brasileira, ele transita bem, igualmente, entre os profissionais jurídicos. Como todo discurso reducionista, privilegia superfícies e não mostra maior disposição para enfrentar dados empíricos ou nuances do problema. Recursos atrasam o processo? Certamente que sim. Mas o próprio processo atrasa a vida. Nada mais rápido e fulminante do que a autotutela. Só que a civilização atual deplora, felizmente, a justiça pelas próprias mãos. Há então a necessidade imperiosa do processo, por mais pesado que seja para as pessoas e para a sociedade. O mesmo se pode dizer dos recursos. Também eles consistem em um “mal” necessário, dada a exigência intransponível de ser minimamente democrático o sistema de justiça. Dessa forma, a “perda” de tempo ocasionada pelos recursos apresenta um sentido nobre.

Q) De toda sorte — e aí vai um primeiro e irresponsável argumento a favor da tese preservacionista —, extinguir os embargos infringentes não vai auxiliar em nada a campanha contra a morosidade. Por uma razão muito simples: eles são, em termos numéricos, absolutamente insignificantes. Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânimes. Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana. Pergunta-se então: eliminar os embargos infringentes a troco de quê? O ganho em termos de celeridade, globalmente falando, seria nulo. À vista dessa constatação elementar, perde sentido por completo a proposta de eliminação.

R) Se não há motivo para acabar com o recurso, existem razões muito fortes para mantê-lo. Apesar de raros no cotidiano forense, trazem os embargos infringentes benefícios bastante transcendentais para o sistema de justiça.

S) Um primeiro traço positivo dos embargos infringentes diz respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição. Quando derivados de apelação, lembre-se, somente são cabíveis na hipótese de um “empate” de dois a dois. Mesmo considerando o peso formalmente superior dos votos oriundos do órgão *ad quem*, fica caracterizada, sob o ângulo substancial, uma situação aguda de incerteza e insegurança. Vêm os embargos infringentes para trazer a solução, o desempate. É um desempate virtuoso, não só sob a perspectiva numérica mas também do ponto de vista procedimental, à medida que o recurso permite a reapreciação da matéria controvertida em bases privilegiadas, ficando o respectivo julgamento por conta exclusivamente da controvérsia. Já no que toca aos julgados não unânimes de procedência em ações rescisórias, o apoio dos embargos infringentes à segurança jurídica talvez se mostre ainda mais pronunciado, vez que está em jogo a própria coisa julgada, bastião maior da segurança no campo processual.

T) Outro aspecto muito positivo dos embargos infringentes é o fato de representarem mecanismo destinado a pacificar conflitos jurisprudenciais. Numa época que valoriza intensamente tais mecanismos, os embargos infringentes devem ser estimulados e não suprimidos, assim como não devem ser suprimidos o incidente de uniformização de jurisprudência,

o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial e os embargos de divergência. No caso específico dos embargos infringentes, saliente-se que eles desempenham um papel muito peculiar, servindo à promoção de decisões inovadoras dos juízes de primeiro grau. Têm portanto, como bem esclarece Pedro Miranda de Oliveira, a salutar função de “ventilar” a jurisprudência, trazendo à tona os entendimentos minoritários de vanguarda.

U) O efeito de consolidação de teses inovadoras, proporcionado pelos embargos infringentes, insinua a grande virtude objetiva do recurso, que é a de contribuir para o fortalecimento da argumentação no ambiente processual. De uma forma geral, qualquer recurso, em maior ou menor grau, consubstancia terreno fértil para a argumentação. Nos embargos infringentes, sobe de tom essa índole argumentativa. Afinal, há um fator que faz toda a diferença: a divergência em que o recurso está baseado. Na hipótese de eliminação dos embargos infringentes, essa estrutura voltada para a argumentação se perderia, o que seria lastimável. E mais. Um autêntico anticlímax, do ponto de vista argumentativo, seria produzido. Mal se manifestaria a polêmica nos autos, revelada pelo julgamento colegiado, e ela se veria abruptamente abortada nas vias ordinárias, restando inexploradas as ricas perspectivas hermenêuticas ligadas ao aprofundamento da discussão. Ou seja, no momento mais propício ao acirramento argumentativo da controvérsia, esta subitamente se fecharia.

V) Também sob a ótica subjetiva, vantagens nem um pouco desprezíveis podem ser contabilizadas. Tome-se, a propósito, a perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos. Como se sabe, um dos aspectos revolucionários do movimento do acesso à justiça, quiçá o aspecto mais revolucionário, foi propor a substituição da tradicional perspectiva dos “produtores” do sistema pela perspectiva dos “consumidores”. Essa inversão conduz a um processo mais humano e atento aos anseios do jurisdicionado leigo, do homem do povo. Evidentemente, um processo assim não pode permitir jamais a dor e o inconformismo profundos de um jurisdicionado que se descobre derrotado mesmo tendo a seu favor o mesmo número de magistrados que apoiou a parte vencedora. Dessa forma, a existência dos embargos infringentes contribui para o triunfo da perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos, ao menos no plano recursal.

W) Toda a nossa argumentação ganha ainda mais densidade quando se imagina a hipótese de a decisão dividida envolver o tema dos direitos

fundamentais, como ocorreu em caso concreto no qual atuamos, versando sobre o próprio direito à vida. Nesse caso, se não fossem os embargos infringentes, teria ficado incólume julgado desfavorável aos direitos fundamentais (com remota chance de mudança nas instâncias excepcionais), apesar da funda divergência ocorrida, o que representaria verdadeira aberração do ponto de vista constitucional. Em nossa ordem jurídica, e em qualquer ordem democrática, a proteção aos direitos fundamentais deve ser a mais ampla e substancial possível, inclusive — e principalmente — no âmbito judiciário. O processo da era pós-positivista é um processo visceralmente amigo dos direitos fundamentais.

X) Insista-se: uma ordem processual reverente às garantias fundamentais não descuida das necessidades especiais apresentadas por determinados casos. Levar a sério a dignidade humana é valorizar a riqueza e a complexidade dos casos concretos, não deixando nenhuma peculiaridade relevante sem tratamento adequado. Um sistema processual insensível à diversidade é um sistema que, a pretexto de agradar às estatísticas, acaba se esquecendo do homem. Nos casos envolvendo afirmação de direitos fundamentais, mostra-se realmente imprescindível o “desempate” propiciado pelos embargos infringentes, sobretudo quando os direitos fundamentais parecem estar levando a pior (como ocorreu no caso extraído da nossa vivência prática).

Y) À vista de todas as virtudes dos embargos infringentes, verifica-se que o recurso ostenta uma relação custo-benefício formidável. Por um lado, dada a excepcionalidade do seu cabimento, é um recurso “barato” e que “pesa” pouco, não atrapalhando minimamente, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Por outro lado, os embargos infringentes, quando ativados, produzem efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente. Aduza-se que abolir agora os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso de um perfil mais equilibrado e razoável. Não bastasse, incidiríamos em vezo repetidamente criticado por José Carlos Barbosa Moreira: proceder a reformas processuais desligadas de estudos empíricos adequados e sólidos. Com efeito, quem sabe dizer o percentual de embargos infringentes providos em território brasileiro? Aparentemente, um bom número acaba tendo provimento. Confirmando-se tal impressão, fica ainda mais indefensável a eliminação do recurso.

Z) Enfim, defendemos os embargos infringentes por entendermos que a grande reforma processual, em pleno fastígio da metodologia instrumentalista, deve ter horizontes frondosos, não podendo fechar os olhos para as exigências da pós-modernidade e do pós-positivismo. A reforma, para ser bem-sucedida, há de homenagear as grandes linhas evolutivas da dogmática contemporânea. Há de ser observada, sobretudo, a relevância da argumentação no direito hodierno. Se a complexidade do direito cresce exponencialmente nos dias atuais, não convém tornar o sistema processual mais arredo à argumentação e ao debate. ❖