

Conversa sobre Processo

Elogio ao art. 942 do CPC

O Uso Saudável da Técnica

José Roberto de Albuquerque Sampaio

Advogado. Mestre em Direito Processual pela UERJ.

Professor de Pós-graduação da FGV (Law program)

RESUMO: o texto apresenta estudo que aborda o alcance da inovadora técnica de julgamento não unânime, prevista no art. 942 do NCPC, sendo apresentadas as hipóteses de seu cabimento, não só em sede de apelação, de rescisória e de agravo de instrumento, como também em julgamentos de embargos de declaração e mandado de segurança. Ao final, faz-se sugestão para a utilização saudável da técnica de julgamento não unânime.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Técnica de Julgamento não unânime. Uso saudável

ABSTRACT: This script presents study based on the range of the innovating non-unanimous judgment technique, addressed on article 942, of the Brazilian Procedure Code, presenting the hypothesis of its admissibility, not only regarding appeals, rescissory action and interlocutory appeal, but also in judgments of appeal requesting clarification of the decision and writ of mandamus. By the end, suggestions are made for healthy use of the non-unanimous judgment technique.

KEYWORDS: Brazilian Procedure Code. Non-unanimous Judgment Technique. Healthy Use

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei 13.105/15, exsurgiu no ordenamento jurídico brasileiro um novo Código de Processo Civil. Dentre as inovações trazidas pela nova ordem processual, no que interessa a este texto, destaca-se

a extinção da modalidade recursal embargos infringentes e, de outro lado, a criação da cognominada técnica de julgamento não unânime.¹

O novo Código de Processo Civil foi editado com o objetivo declarado de dar maior celeridade aos processos judiciais. Nessa direção, podemos citar inovações importantes, como a restrição ao cabimento do agravo de instrumento e a diminuição do número de procedimentos, com destaque para a extinção do processo cautelar², com o objetivo de simplificar o processo e, por conseguinte, tornar mais fluido o seu desenvolvimento.

Nessa perspectiva, a surpresa ficou por conta da introdução de nova técnica de julgamento³, quando ocorrer votação não unânime em apelação, ação rescisória e agravo de instrumento (art. 942 e parágrafo 3º, I e II).

A ideia sobre o tema, inicialmente gestada no âmbito da comissão constituída para elaborar o projeto de lei, embrião do novo código, era simplesmente acabar com os embargos infringentes, embora não houvesse unanimidade na comunidade jurídica a respeito do tema⁴. Como sabido, este recurso, à época, era cabível contra decisão não unânime (art. 530 do CPC de 1973). Sua eliminação representaria, para muitos especialistas, um avanço, em termos de celeridade do processo. A questão, contudo, não era, e ainda não é, pacífica.

A iniciativa de incluir a regra do art. 942 surgiu na Câmara dos Deputados. E na última hora, fruto da pressão de um grupo de deputados.

E qual a razão, no plano acadêmico, da resistência à exclusão dessa modalidade recursal do ordenamento jurídico nacional? A nosso ver, a preocupação com a qualidade das decisões judiciais e, por conseguinte, com a segurança jurídica.

Não há dúvida de que o processo judicial deve ter duração razoável. O art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, nos termos que lhe conferiu a Emenda Constitucional número 45/04, assegura a todos, seja no âmbito administrativo, seja judicial, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

1 A nosso ver trata-se de uma inovação decorrente de um “processo evolutivo”, no sentido darwiniano da palavra. Por esta razão não se pode dizer, propriamente, que a técnica de julgamento não unânime seja o correspondente aos extintos embargos infringentes ou que o tenha substituído. É, s.m.j., uma nova “espécie”, como se verá mais adiante

2 SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque, **A Simplificação do Processo**, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2011, pág 177.

3 Em verdade, como lembra Paulo Henrique de Santos Lucon, a ideia desta técnica de julgamento não é propriamente nova. Ernane Fidelis dos Santos, em seu Manual de Direito Processual Civil, 11a edição, SP, Saraiva, pág. 672, nota, já defendia a substituição dos embargos infringentes, por uma ampliação do colegiado sem recurso, o que daria maior celeridade ao processo, à vista da desnecessidade da apresentação de recurso formal, contrarrazões, redistribuição etc.

4 Paulo Henrique dos Santos Lucon, em artigo publicado no Conjur, registra que sempre houve resistência a ideia de extinção dos embargos de infringentes dentro da comunidade jurídica, manifestadas em diversas audiências públicas que antecederam a elaboração do anteprojeto de lei por parte da comissão de juristas.

A eliminação dos embargos infringentes, sem criar qualquer outro mecanismo de revisão da decisão judicial não unânime, destarte, poderia representar uma reverência do legislador ao princípio da celeridade do processo, na linha do que se propunha o movimento de reforma do ordenamento processual.

O processo judicial, entretanto, não segue apenas o norte que aponta para o princípio, consagrado na Carta da república, da razoável duração do processo. A Constituição federal também abriga outros princípios, de igual importância, que merecem guarida, e que também devem ser respeitados e prestigiados. A segurança jurídica é um deles.

O processo, sua origem etimológica já o sugere, é uma marcha para frente. Seu avanço regular, contudo, pressupõe o respeito a regras e princípios que o regem, de modo a garantir que o seu resultado final, a sentença, que pacifica a relação jurídica em litígio, seja justo. Na era da efetividade, deixou-se de lado o tecnicismo próprio dos tempos em que prevalecia apenas a lógica jurídica científica. Hodiernamente, prevalece o pragmatismo processual. Passadas, por nosso litoral, as ondas (*rectius*, verdadeiros tsunamis) de Cappelletti⁵, mudou a geografia de nosso sistema processual e a face do processo civil brasileiro. O processo não deve ser apenas legal, deve ser justo e efetivo. Deve obter a paz social. Em prazo razoável.

Contudo, a posição de prevalência, dada por muitos, a busca cega, sem preocupação com qualidade das decisões judiciais, pelo encerramento da marcha processual, não pode ser absoluta. A máxima de Rui de que “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” deve ser invocada com moderação. Processos céleres, bons resultados estatísticos de tribunais são importantes, mas não são garantia de um processo justo e, por conseguinte, de justiça.

Há contrapontos que não podem ser relegados a um plano secundário. Os princípios de *status* constitucional que resguardam a segurança jurídica e o contraditório servem como freio e contrapeso ao princípio da celeridade. Imaginar que o processo deva ser guiado apenas pelo ideal de celeridade é como conceber um carro apenas com acelerador.

E, ao que nos parece, a extinção dos embargos infringentes, com a criação, em contrapartida, da técnica de julgamento não unânime, é fruto da combinação conjugada dos princípios da celeridade processual, da segurança jurídica e do contraditório. O legislador, s.m.j., apertou o acelerador, sem se esquecer de pisar no freio, na medida da necessidade. E, a nosso ver, em doses apropriadas (embora sejam necessários alguns ajustes).

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Entre extinguir os embargos infringentes e mantê-los, foi criado o art. 942 do Novo Código de Processo Civil.

Lembramos, a propósito, que a maior velocidade que se imprimiu ao julgamento de processos, como resultado de uma política judiciária de gestão da justiça, com a fixação de metas a serem atingidas⁶, aliada, em grande medida, à gigantesca quantidade de processo e ao decorrente asoberbamento da máquina judiciária, retiraram dos magistrados, muitas vezes, a oportunidade de maior reflexão sobre as causas sobre sua responsabilidade. E pior, a realidade do cotidiano dos Tribunais mostrou que os magistrados são obrigados, muitas vezes, a se socorrer de seus assessores ou mesmo estagiários para ajudar, ou mesmo fazer em seu lugar suas decisões, para dar andamento ao processo em tempo razoável. Em consequência, essa circunstância, aliada a outros fatores, criou uma conjuntura em que foram geradas inúmeras decisões ilegais ou mesmo teratológicas, em quantidade maior do que o aceitável, em desprestígio da imagem da justiça e, especialmente, da coisa julgada.

S.m.j., esta conjuntura se tornou solo fértil para surgimento de teorias jurídicas e alternativas legais para remediar as teratologias, fora do alcance do sistema recursal e do âmbito restrito da ação rescisória. A coisa julgada, cuja preservação, mesmo à vista de nova lei, é garantida pela Constituição federal, perdeu força. A jurisprudência passou, então, a admitir, em casos extremos, a relativização da coisa julgada. Disseminou-se, de outro lado, o uso da ação rescisória como sucedâneo recursal. Tudo em desprestígio da estabilidade social e da segurança jurídica.

Pensamos que a técnica de julgamento não unânime, ao permitir o prosseguimento do julgamento, com um colegiado ampliado, muitas vezes com a sua interrupção, não só pluraliza o debate, como também permite mais tempo para a reflexão, nos casos em que há divergência de opiniões entre os julgadores, sintoma que recomenda um maior debate sobre o caso, contribuindo, bastante, para a busca de um resultado mais justo para o processo.

As críticas que estão sendo feitas a esta nova técnica decorrem, a nosso sentir, da ausência de experiência no seu manuseio. Acreditamos que a prática dos Tribunais poderá ajudar a aprimorar o emprego da técnica de julgamento não unânime, tornando-a mais efetiva.

⁶ Registramos que não somos contra a fixação de metas de desempenho para os magistrados. O trabalho de gestão do judiciário realizado pelo CNJ, com a colaboração dos Tribunais por todo o país, é digno de louvor. O que nos motiva a crítica é o cumprimento cego destas metas, sem que se dê ao magistrado a oportunidade de reflexão sobre acerca dos casos que julga.

Outra possível causa para a resistência à técnica de julgamento não unânime, já manifestada por diversos magistrados e doutrinadores, seria a falta de estrutura adequada e suficiente de certos Tribunais, cujos órgãos fracionados são compostos por menos de cinco magistrados. Hoje, há mais Tribunais divididos em turmas ou câmaras compostas por menos do que cinco magistrados do que com cinco ou mais⁷. Nos casos em que os Tribunais disponham de órgãos fracionados suficientes para a complementação de julgamento, na forma do art. 942, o aproveitamento dessa nova técnica poderá ser melhor, em termos de celeridade. Quanto aos demais, suas respectivas organizações internas poderão mudar, ao longo do tempo, de modo a que possamos extrair melhores resultados dessa bem-vinda novidade. O caminho a ser trilhado, s.m.j., é, portanto, aquele que aponta para o aprimoramento da técnica de julgamento não unânime, ainda que seja no plano legislativo, o que nos parece, sob todos os aspectos, plenamente viável, e não, como defendem alguns, sua eliminação.

Neste trabalho, procuraremos contribuir para o aprimoramento da utilização da técnica de julgamento não unânime, expondo nossa opinião acerca das questões mais polêmicas que têm surgido na experiência prática dos tribunais.

7 Órgãos fracionários compostos por três desembargadores: 1. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)**, nos termos do artigo 3º, parágrafo 1º, combinado com o 13, II, do seu Regimento Interno (RI); 2. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região** (artigo 2º, parágrafo 5º, combinado com o 16, III, do RITRF2); 3. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** (artigo 2º, parágrafo 4º, combinado com o 15, II, a, do RITRF3); 4. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região** (artigo 3º, parágrafo 2º, combinado com o 8º, II e III, do RITRF5); 5. **Tribunal de Justiça do Estado do Acre** (artigo 8º, combinado com o 9º, II, a, do RITJAC); 6. **Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas** (artigo 16 do Código de Normas do TJAL); 7. **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas** (artigo 6º, combinado com o 13, do RITJAM); 8. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia** (artigo 91, parágrafo 3º, combinado com o 97, II, do RITJBA); 9. **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão** (artigo 14, parágrafo único, combinado com o 17, II, do RITJMA); 10. **Tribunal de Justiça do Estado do Pará** (artigo 26, I, do RITJPA); 11. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba** (artigo 13, combinado com o 16, II, do RITJPB); 12. **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco** (artigo 17, combinado com o 25, II, a, e o 25-A, II, a, do RITJPE); 13. **Tribunal de Justiça do Estado do Piauí** (artigo 3º, parágrafo 2º, combinado com o 85, I, do RITJPI); 14. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte**, com exceção da Terceira Câmara, formada por 4 desembargadores (artigo 14, caput, combinado com o artigo 18, do RITJRN); e 15. **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia** (“no mínimo três”, artigo 9º, combinado com o 12 e seus incisos, e o 135, I, b, do RITJRO); Órgãos fracionários compostos por quatro desembargadores: 1. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, com exceção da Primeira e Segunda Turma, compostas por 3 desembargadores (artigo 2º, parágrafo 4º, combinado com o 13, II, do RITRF3); 2. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios** (artigo 16, combinado com o 18, I, do RITJDFT); 3. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará** (artigo 5º, combinado com o 25, I, d, do RITJCE); 4. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo** (artigo 7º, III, combinado com o 54, II, a, do RITJES); 5. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso** — três Desembargadores mais um Juiz convocado — (artigo 20, combinado com o artigo 21, II, a e e, e 21-A, II, a, do RITJMT); 6. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** (artigos 66 e 67 a e b, do RITJMS); 7. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** (artigo 4º do Ato Regimental nº 2, de 1989, combinado com o artigo 29, II, do RITJSC); e 8. **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe** (artigo 21); Órgãos fracionários compostos por cinco desembargadores: 1. **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás** (artigo 12, combinado com o 14, II, do RITJGO); 2. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** (artigo 9º, VI, combinado com o 36, I e II, e 37, I e II, do RITJMG); 3. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** (artigo 4º, V, combinado com o 89, II, do RITJPR); 4. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (artigo 81, parágrafo 1º, combinado com o 6º, II, do RITJRJ); 5. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (“até cinco”, artigo 17 e seu parágrafo 1º, combinado com o 19, II, a, do RITJRS); 6. **Tribunal de Justiça do Estado de Roraima** (artigos 29 e 31 do RITJRR); 7. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (artigos 34 e 35 do TJSP); e 8. **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins** (artigo 8º, caput, combinado com o 10, IV e suas alíneas, do RITJTO); Órgãos fracionários compostos por sete desembargadores: 1. **Tribunal de Justiça do Estado do Amapá** (artigo 3º, parágrafos 1º e 3º, combinado com o 19, II, a e b, do RITJAP)

2. O CABIMENTO E A EXTENSÃO DO DEBATE

A chamada técnica de julgamento não unânime está inserida no Livro III, Título I, Capítulo II do CPC, que disciplina a ordem dos processos nos Tribunais. É regulada pelo artigo 942 do CPC e seus parágrafos.

O *caput* do art. 942 expressa que “Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores”.

Por força do parágrafo 3º do citado art. 942, também se aplica a técnica de julgamento não unânime “em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, neste caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno” e, no “agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.”

Uma leitura do texto legal, *d.v.*, não deixa dúvidas. Havendo decisão não unânime em julgamento de apelação, sem qualquer distinção, ou em ação rescisória e agravo de instrumento, nas circunstâncias previstas no art. 942, caberá a aplicação da técnica de julgamento não unânime.

Em sede de apelação, a falta de consenso entre os julgadores a ensejar a incidência do art. 942 do CPC pode se dar na discussão de questões preliminares ou de mérito⁸.

Na ação rescisória, a incidência da técnica de julgamento não unânime se dará quando não houver unanimidade na decisão que rescinde o julgado.

Lembramos que o julgamento dessa espécie de demanda se dá em duas etapas. Primeiro se julga se a sentença deve ou não ser desconstituída (*iudicium rescindens*). Em seguida, sendo acolhida a pretensão de rescisão do julgado, reaprecia-se o pedido da ação originária (*iudicium rescissorium*)⁹. Com efeito,

⁸ “A questão do julgamento da apelação: aplicação só para a sentença de mérito ou também para as sentenças terminativas. Dada a ausência de maiores explicações na lei, que prevê o cabimento da técnica de julgamento simplesmente quando o “resultado da apelação não for unânime” surge a dúvida a respeito da sua aplicação na hipótese de sentenças terminativas. Para José Miguel Garcia Medina, utilizando-se de entendimento análogo à restrição prevista para a hipótese de rescisória e agravo (§3.º), só é possível aplicá-la nos casos em que se der provimento a apelação interposta contra sentença de mérito. Pensamos diferente. O silêncio da lei é eloquente. O NCPC abandonou a preocupação com a reformulação meritória da causa. Tratando-se de apelação tirada contra sentença de mérito ou terminativa, tem lugar a aplicação da técnica de julgamento prevista no art. 492.” Teresa Arruda Alvim Wambier, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2016, p. 1486.

⁹ vide art. 974 do CPC que expressa: “Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento (...)”.

ao rejulgar a causa, o Tribunal poderá apreciar todas as questões discutidas na lide, sejam estas preliminares (p.e., ilegitimidade das partes) ou de mérito.

S.m.j, a incidência do art. 942 poderá ocorrer tanto no juízo rescindendo quanto no juízo rescisório, seja nas deliberações preliminares ou de mérito. A literalidade do texto legal conduz a interpretação no sentido de que, havendo decisão não unânime em juízo rescisório, o julgamento deve prosseguir nos termos do art. 942. Assim, antes de se rejulgar o mérito, impõe-se a ampliação do colegiado, se necessário, não havendo *quorum*, com a interrupção do julgamento. Somente após deliberada, a rescisão do julgado, na forma do art. 942, será possível prosseguir no reexame do mérito da causa em juízo rescisório, já com o colegiado ampliado.

No julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que julga parcialmente o mérito da demanda, a incidência do art. 942 se dará sempre que, no curso do julgamento, a decisão, que julgou parcialmente o mérito, esteja sob ameaça de reforma. Não há limitação, de igual modo, à natureza da *quaestio iuris* em debate. A discussão, a ser submetida ao colegiado ampliado, pode ser acerca de uma preliminar ou sobre o mérito da lide parcialmente acolhido ou rejeitado.

Ao nosso sentir, a técnica de julgamento não unânime, de um modo geral, com as ressalvas acima, seja no julgamento de apelação, de ação rescisória ou de agravo de instrumento, não impõe qualquer restrição à amplitude do debate, permitindo a mais ampla discussão sobre os aspectos fáticos e jurídicos da causa, aí incluídas questões preliminares e de mérito. Como bem sintetizou Alexandre Câmara quando perguntado o que se pode discutir em sede do julgamento, nos termos do art. 942: “tudo”¹⁰.

Para Leonardo Greco¹¹, “Ocorrendo a divergência no julgamento de qualquer questão, preliminar, prejudicial ou de mérito no julgamento da ação ou recurso, o julgamento será suspenso, prosseguindo perante a composição ampliada ou a nova composição com a tomada de votos de todos os participantes do novo julgamento, inclusive os que porventura já haviam anteriormente votado, que renovarão o julgamento por inteiro, sobre todas as questões, mesmo aquelas em que no órgão de origem não havia se verificado divergência, porque o julgamento como um todo somente se concluirá na fase perante a nova composição. Nesta poderão vir a ser suscitadas, inclusive, novas questões que não haviam sido objeto de apreciação na primei-

¹⁰ Vide www.conversasobreprocesso.com; “Técnica de julgamento não unânime”

¹¹ Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil: Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, Vol.3, 2016, p. 188.

ra fase do julgamento porque, não tendo se concluído essa primeira fase, o único julgamento da ação ou recurso será o proferido na segunda fase. Na verdade, nesse segundo momento, todas as deliberações poderão ser tomadas por maioria ou por unanimidade, podendo os julgadores que participaram da 1ª fase manter ou modificar os seus votos.”

A distinção de tratamento dada pelo art. 942 do CPC ao julgamento de apelação e agravo de instrumento tem gerado perplexidade. Tem sido questionado o suposto tratamento anti-isonômico dado ao julgamento da apelação e do agravo de instrumento, pelo *caput* do art. 942 e o seu parágrafo 3º, inciso II, respectivamente.

O TRF da 2ª Região, por sua 7ª Turma, em questão de ordem suscitada na apelação cível número 0004041-89.2010.4.02.5101, em acórdão da lavra do desembargador e processualista Luis Paulo da Silva Araújo, entendeu que somente caberia a incidência da técnica de julgamento não unânime se, no curso do julgamento, houver maioria no sentido de reformar a sentença de primeiro grau. Assim, embora não se possa extrair da literalidade do texto legal do *caput* do art. 942 essa restrição, uma análise sistemática, em cotejo com seu parágrafo 3º, II, permitiria concluir, segundo sua ótica, acompanhada à unanimidade por seus pares, pela não incidência da técnica de julgamento não unânime, quando a maioria da turma julgadora decidir pela manutenção da sentença¹².

Para este acórdão, não haveria justificativa para se dar tratamento desigual ao julgamento de recurso que versa sobre a mesma questão, somente porque “do ponto de vista formal, o julgamento ocorreu em sentença ou em decisão interlocutória”.

Cita um exemplo, para ilustrar: “ (...) se na ação proposta por Caio, o juiz acolhe a prescrição com relação a alguns dos pedidos formulados, somente caberá a complementação do julgamento se houver reforma da decisão interlocutória (art. 354, p.ú., c/c 942, parágrafo 3º, II, do CPC); já na ação proposta por Tício, se o juiz reconhecer a prescrição quanto a todos os pedidos, caberá a complementação desde que haja qualquer voto vencido no julgamento da apelação, sobre questão processual ou de mérito, seja para anular ou reformar a sentença.”

E, após, conclui: “Ora, nessa situação de paradoxo inexplicável e anti-isonômico, fruto da pressa em manter mecanismo similar aos embargos infringentes, não se deve simplesmente admitir o absurdo. Ao revés, impõe-

12 Esta questão foi objeto de incidente de assunção de competência número 0000191-191-46.2000.4.02.5111, no âmbito do TRF-2ª Região, suscitado pelo Des. Sergio Schweitzer, ainda pendente de julgamento.

-se a conclusão de que também na hipótese de apelação o incidente somente tem lugar quando houver reforma da decisão de mérito.¹³

No âmbito doutrinário, Leonardo Greco, na mesma linha, afirma que “Transparece aqui já criticada inexistência de dupla conformidade, com flagrante violação da isonomia”¹⁴.

A nosso ver, não há anti-isonomia ou paradoxo a justificar essa interpretação restritiva à aplicação do art. 942 do CPC no caso do julgamento de apelação. A escolha feita pelo legislador ordinário de dar maior alcance à incidência da técnica de julgamento não unânime quando se tratar de apelação se baseia na consideração das peculiaridades próprias de cada recurso.

O entendimento de que não seria cabível a incidência do art. 942 do CPC, no caso de decisão majoritária que mantém a sentença, parte da premissa de que a hipótese de julgamento parcial de mérito seria ontologicamente idêntica ao julgamento de mérito final. Logo, por este entendimento, não faria sentido imprimir dinâmica diversa ao julgamento de apelação e de agravo de instrumento que pretendam a reforma do mesmo mérito, somente em razão do momento em que sua apreciação se deu em primeira instância.

Contudo, o momento em que a sentença é proferida pode ser um diferencial que justifique, por si só, a distinção procedimental adotada pelo legislador ordinário para o julgamento de apelação e agravo de instrumento nestas circunstâncias. O julgamento antecipado, ordinariamente, é revestido de um maior grau de certeza por parte do juiz de primeiro grau. Ocorre, na forma do art. 356, quando “um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I- mostrar-se incontroverso; II- estiver em condições de imediato julgamento (...)”, o que pode se operar havendo revelia.

O julgamento parcial de mérito e o julgamento final, após a instrução do processo, embora tenham pontos em comum que os tornam muito similares, não podem ser considerados idênticos para todos os efeitos legais. Se fossem, não haveria razão para justificar a antecipação de julgamento apenas em algumas hipóteses. Ora, por que o legislador permitiu o julgamento antecipado de mérito somente em situações restritas? Em nossa opinião, é porque há nessas hipóteses um grau de certeza maior acerca da procedência ou improcedência da postulação, o que justifica um julgamento antecipado

13 “grifos do original.

14 Greco, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, Vol III, Rio de Janeiro: Forense, pág 188.

sem que seja necessária a instrução probatória e o debate mais abrangente sobre os diversos aspectos não só fáticos como também jurídicos.

Se existe essa diferença, ainda que sutil, o que nos parece evidente, não se pode cogitar de simetria entre a apelação e o agravo de instrumento em tal grau que justifique uma interpretação restritiva do âmbito de incidência da técnica de julgamento não unânime. O momento em que é proferida a decisão pode justificar a diferença da dinâmica de julgamento da apelação e do agravo de instrumento, conforme previsto na lei.

E esta nos parece ter sido a vontade do legislador, baseada em amplo debate com a sociedade e a comunidade jurídica, o que se pode extrair da literalidade do texto legal, que somente limitou a aplicação da técnica de julgamento não unânime, expressamente, na ação rescisória e no agravo de instrumento.

Ademais, como lembra Alexandre Câmara¹⁵, no julgamento do agravo de instrumento não há sustentação oral. Já na apelação, há. Desse modo, não se pode querer criar uma simetria absoluta entre esses recursos, se não existe sequer identidade de ritos.

Mas não é só! Se há assimetria de tratamento a ser sanada, não se deve escolher a opção restritiva, que limita o cabimento da técnica de julgamento não unânime na apelação. Se é para dar interpretação dissociada do sentido literal do texto legal, a melhor solução, para superação dessa suposta antinomia, seria a ampliação do colegiado para o julgamento de agravo instrumento, também na hipótese de manutenção da sentença parcial. Essa é a interpretação, *d.v.*, que melhor se harmoniza com o princípio da segurança jurídica e do contraditório, contrapostos ao princípio da celeridade, que inspiraram, como acima visto, a regra insculpida no art. 942 do CPC.

Indo mais além! O parágrafo 4º do art. 942 veda a aplicação da técnica de julgamento não unânime no caso de remessa necessária. Se se faz necessário dar tratamento idêntico a todos os modos e formas de revisão da sentença de mérito somente porque há identidade de tema a ser apreciado, contrariando, até mesmo, a vontade do legislador expressa no texto legal, dever-se-ia entender letra morta este dispositivo legal, sob pena de se referendar, de igual modo, uma suposta anti-isonomia.

Na linha do exemplo colhido acima, se a prescrição for reconhecida em sede de embargos opostos a uma execução fiscal. A Fazenda Nacional não recorre. A decisão se enquadra na previsão legal de remessa necessária,

15 Vide www.conversasobreprocesso.com.; “Técnica de julgamento não unânime”

nos termos do art. 496 do CPC. Se a decisão, em reexame necessário, se der por maioria, não incide o art. 942 do CPC, por força do seu parágrafo 4º. Todavia, se tivesse havido apelação, a mesma questão estaria sujeita ao debate por um colegiado ampliado, caso não se formasse a unanimidade.

Há, neste contexto, tratamento anti-isonômico? Como superar esta suposta antinomia? Afastando a aplicação da técnica de julgamento não unânime por completo no caso de apelação para igualar a dinâmica de julgamento da apelação e da remessa necessária? A resposta a essas perguntas somente pode ser negativa.

Não há tratamento anti-isonômico. A remessa necessária e a apelação, embora se identifiquem por sua finalidade, não são idênticas em sua estrutura legal. Cada uma tem seus requisitos próprios, a exemplo do agravo de instrumento e da apelação (uma comporta sustentação oral e o outro não).

Ora, se se levar a extremos o entendimento que defende a absoluta isonomia de tratamento ao agravo de instrumento e à apelação, de modo a interpretar a lei em desacordo com a vontade do legislador, dever-se-ia estender à remessa necessária o mesmo privilégio que gozam aqueles recursos. Destarte, por este raciocínio, com o qual não concordamos, dever-se-ia, aplicar a técnica de julgamento não unânime à remessa necessária, quando a maioria votar pela reforma da sentença. Ou pior, de outro lado, aplicar a vedação da ampliação do colegiado à apelação e ao agravo de instrumento, o que tornaria praticamente letra morta o art. 942.

Não achamos prudente, nem razoável, interpretar o art. 942 fora dos parâmetros legais fixados pelo legislador. A nosso ver, não devemos ultrapassar essa fronteira legal. Podemos estar abrindo a “caixa de Pandora”. Ainda mais no caso em que não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade no art. 942 em comento.

3. A DINÂMICA

Na forma do art. 942 e seus parágrafos, no julgamento da apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, verificada a divergência, deverão ser convocados mais magistrados, de modo a permitir a mudança da sorte do julgado a ser deliberado, para compor a turma julgadora, prosseguindo os debates com o colegiado ampliado.

Não havendo *quorum* suficiente, o julgamento deverá ser interrompido e convocada nova data para seu prosseguimento, facultada às partes ou a terceiros prejudicados apresentarem nova defesa oral.

A técnica de julgamento não unânime não tem natureza de recurso, conforme lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁶. E por uma simples razão. Não há decisão a ser impugnada. À evidência, a dicção do *caput* do art. 942 é clara ao dispor que não há conclusão do julgamento nas hipóteses em que prevê sua continuação com o colegiado ampliado. Se não concluído o julgamento, logo, não há decisão. E se não há decisão, não pode haver recurso, que pressupõe, por óbvio, a existência de uma decisão passível de reforma.

A complementação do julgamento, nos termos do art. 942, não depende da iniciativa das partes. Deve ser empregada de ofício, constada a presença de seus requisitos legais. Conforme bem explicita Elpídio Donizetti¹⁷, como na remessa necessária, prossegue por impulso oficial.

Incide o art. 942 do CPC em qualquer julgamento não unânime. Não é necessário que haja maioria. Basta que não se chegue à unanimidade. Dessa forma, havendo três votos divergentes entre si, antes de se aplicar as regras regimentais que regem o voto médio, emprega-se a técnica de julgamento não unânime.¹⁸

O julgador que participou do julgamento originário, nos termos do parágrafo 2º do art. 942, poderá alterar seu voto, no todo ou em parte, no curso da sessão, enquanto não encerrados os debates e proclamado o resultado do julgado.

A nosso ver, concluído o julgamento originário, notadamente nos casos em que já foi reiniciado ou convocada nova sessão para sua complementação, a eventual mudança do voto vencido que ensejou a incidência do art. 942, não implica prejuízo para a ampliação do debate. O julgamento deverá prosseguir, colhendo-se os votos dos magistrados convocados. Destarte, a decisão, ainda que em sede de complementação de julgamento, poderá ser até mesmo unânime.

16 Marinoni, Arenhart, Mitidiero, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 2016, p. 1005, esclarecem que “O novo Código extinguiu o recurso de embargos infringentes. No entanto, sensível ao fato de que a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida, submeteu o resultado não unânime à ampliação do quórum de julgadores. Não se trata de novo e recurso, nem tecnicamente de novo julgamento: o art. 942, CPC, constitui apenas um meio de provocar a ampliação do debate.”

17 “Elpídio Donizetti, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 2016, p. 1478, ensina: “Os embargos infringentes eram uma espécie recursal, assim, a interposição era voluntária. A nova técnica, ao revés, é obrigatória. Uma verdadeira remessa necessária, sem indicação de novo relator.”

18 Alexandre Freitas Câmara, em artigo publicado em *Conjur*, em 16 de março de 2017, explicita a respeito: “Em outras palavras, só se cogita a dispersão de votos quando, colhidos os votos de todos os integrantes do colegiado (ampliado, se for caso de aplicação do art. 942 do CPC), não for possível determinar qual o entendimento majoritário na turma julgadora.”

A mudança de voto, nessas circunstâncias, a nosso sentir, mesmo que ainda não iniciado o debate entre os julgadores, já decorre de uma maior reflexão sobre a questão objeto da divergência, resultado direto da aplicação da técnica de julgamento não unânime. Em outras palavras, se não fosse aplicada a técnica, não haveria possibilidade de mudança de entendimento do voto vencido após a proclamação do resultado do julgamento. E se assim é, se esta alteração somente foi possível graças à aplicação do art. 942, não vemos como se possa afastar a incidência desse dispositivo legal como um todo, com a continuação do julgamento. Não há previsão legal para aplicação apenas parcial do art. 942, regra procedimental, de impulso oficial do processo e, por conseguinte, de ordem pública. Ou bem se aplica como um todo ou não se aplica o art. 942.

Se o *quorum* de julgamento alcançar um placar cuja reversão se afigure matematicamente impossível, ainda assim o julgamento deve prosseguir até final. Como acima visto, qualquer julgador, a qualquer tempo, no curso do julgamento, pode alterar o seu voto. Logo, se um julgamento com *quorum* de cinco julgadores atingir o placar de 4x0 ou 3x1, deve-se colher o quinto voto, já que sempre haverá a possibilidade de, após o quinto voto, os julgadores, que já se manifestaram, mudarem seu posicionamento. Direito, como se sabe, não é uma ciência exata. O que no plano matemático seria impossível, pode ser admitido em um julgamento cujo componente humano ainda é prevaiente.

Não nos alinhamos com aqueles que defendem a possibilidade de se prosseguir e concluir o julgamento, com base no art. 942, quando houver, p.e., o *quorum* de 4 julgadores e se atingir uma votação majoritária. Para estes, chegando-se ao placar de 3x1 no julgamento, não haveria sentido prático de se prosseguir. O resultado da deliberação judicial já poderia ser proclamado. Segundo este entendimento, o não prosseguimento se justificaria à luz do princípio da efetividade, não só em vista da suposta impossibilidade matemática de reversão da sorte da demanda, mas também em razão de dados estatísticos que demonstrariam a quase inexistência de casos que, neste estágio de julgamento, venham a ser revertidos.

Discordamos desse entendimento por pelo menos quatro motivos. A uma, porque a lei não autoriza o prosseguimento do julgamento, na forma do art. 942, sem que o *quorum* da turma julgadora seja suficiente para reversão do resultado da decisão. Não haveria como, em consequência, sequer se iniciar a complementação do julgamento para se saber a posição do quarto

voto, a dar ensejo à conclusão do julgado com o *quorum*, por exemplo, de quatro julgadores, por falta de previsão legal.

A duas, porquanto a ampliação do colegiado, prevista no art. 942, visa a pluralizar o debate, prevendo a lei *quorum* específico que deve ser respeitado, sob pena de subversão da ordem processual.

A três, haja vista que o último voto pode, potencialmente, reverter o resultado do julgamento, se for capaz de convencer os demais julgadores que já se pronunciaram do desacerto de seu posicionamento inicial. Lembramos que um julgamento colegiado, nos termos do art. 942, se caracteriza, ou pelo menos deveria se caracterizar, pelo debate de entendimentos opostos que não pode ser meramente formal. Não se pode desprezar, pois, a evolução do pensamento ou a mudança de entendimento, fruto das discussões travadas entre os julgadores. Este, inclusive, parece-nos ser o propósito da liberdade dada pela lei, nos termos do parágrafo 2º do art. 942, para os julgadores que já tiverem votado mudarem seu voto.

E por fim, mas não menos importante, desconhecemos dados estatísticos que revelem a quase inexistência de julgados revertidos nessas circunstâncias, qual seja, mudança de entendimento da turma julgadora quando já formada maioria de, p.e, 3x1 no placar da votação. E mesmo que já exista tal estatística, parece-nos cedo (o novo código está vigente há pouco mais de um ano), para se obter dados que sejam confiáveis o suficiente a ensejar uma interpretação *contra legis*.

A nosso sentir, havendo dados estatísticos confiáveis, poderíamos cogitar, *de lege ferenda*, de um *quorum* menor para a aplicação da técnica de julgamento não unânime nesse contexto, mas para isso se faria necessária uma modificação do texto legal.

A possibilidade de mudança do voto, em sede de complementação de julgamento, nos termos do art. 942, encontra previsão legal no seu parágrafo 2º, que expressa: “Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seu voto por ocasião do prosseguimento do julgamento”.

O texto legal não deixa dúvida: pode o julgador, que já tenha votado, mudar de opinião e alterar seu voto no curso da complementação do julgamento, até a proclamação do resultado¹⁹.

Essa regra, contudo, comporta uma exceção. O magistrado que estiver no lugar de juiz afastado ou substituído, por força do art. 941, parágrafo 1º, não poderá alterar o voto do seu antecessor.

19 O art. 941, parágrafo 1º do CPC é expresso ao disciplinar: “O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele proferido por juiz afastado ou substituído”.

A nosso ver, pouco importa o motivo. Havendo o afastamento do juiz ou sua substituição, será vedada a mudança de voto. Parece-nos um caso de opção legislativa que deve ser respeitada. Poderia o Congresso Nacional, no uso de suas atribuições constitucionais, ter optado por permitir que o substituto mudasse seu voto. Não haveria, a nosso ver, nenhuma inconstitucionalidade nesta regra. A escolha do legislador, entretanto, foi outra. Preferiu optar pela imutabilidade do voto nessas circunstâncias, o que, inclusive, está de acordo com a tradição do nosso direito. No STF, p.e., a regra é a imutabilidade do voto quando houver a aposentadoria de ministro²⁰.

4. O CABIMENTO DA TÉCNICA NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei 12.016/09, que disciplina o procedimento do mandado de segurança, em seu art. 25, vedava a interposição de embargos infringentes²¹ no julgamento de apelação nessa sede.

Como acima já explicitado, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, foi extinta essa espécie recursal. A questão que se coloca, a partir daí, é: subsiste a vedação, agora não mais dos embargos infringentes, mas sim da aplicação da técnica, quando houver julgamento não unânime de apelação em mandado de segurança?

A matéria é controvertida. Há opiniões divergentes²². A meu ver, a resposta é negativa.

O art. 1.046 do Código de Processo Civil, ao regular a vigência do novo ordenamento jurídico processual, dispõe que “suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973²³”. Em seu parágrafo 4º, expressa que “As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”.

Para nós, a técnica de julgamento não unânime não corresponde, não é a exata equivalência aos embargos infringentes, conquanto, em alguma medida, tenha ocupado o seu lugar.

²⁰ O art. 134, parágrafo primeiro do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²¹ Dispõe o art. 25 da Lei 12.016/09: “**Art. 25.** Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

²² Vide www.conversasobreprocesso.com; “A Técnica de Julgamento Não Unânime”.

²³ Extinto Código de Processo Civil.

A técnica, embora tenha o DNA dos embargos infringentes, não se equivale a essa extinta espécie recursal. A começar por sua natureza. Os embargos infringentes eram um recurso. A técnica, não. Os embargos dependiam da iniciativa da parte. A técnica, não. Os embargos restringiam o âmbito da discussão devolvida a apenas o objeto da divergência. A técnica, não. Os embargos pressupunham uma decisão a ser desafiada. A técnica, não²⁴.

Essas distinções afastam a técnica dos embargos. Parece-nos que a técnica é uma nova criatura que não se confunde com a espécie que inspirou sua criação. Decorre de uma evolução da espécie recursal extinta, no sentido darwiniano da expressão. Criou-se algo novo, com características diversas. Como diz Alexandre Câmara, que pode ser melhor ou pior²⁵.

Com todo respeito e enorme reverência àqueles que defendem tese conflitante, a técnica corresponde aos embargos na mesma proporção que o tigre corresponde ao gato.

A técnica mais se assemelha, por suas características, à remessa necessária do que aos extintos embargos infringentes. Vejamos. Pensamos que a natureza jurídica da remessa é de condição de eficácia da sentença²⁶. A da técnica, a nosso ver, também, já que não se trata de recurso, como acima esposado. A remessa incide de ofício, independentemente da iniciativa da parte. A técnica também. Não há na remessa, em regra, restrição ao âmbito de discussão da matéria objeto da decisão a ser revista. Nem na técnica.

Não se pode dizer, então, que a técnica seja equivalente ou correspondente aos embargos infringentes.

Lembramos que a vedação ao cabimento dos embargos infringentes, na forma do art. 25 da Lei 12.016/09, tem origem primária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referendada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷. Por essa posição jurisprudencial, não caberiam os embargos infringentes em apelação em mandado de segurança por não incidirem, de uma maneira geral, as regras do Código de Processo Civil no procedimento de mandado de segurança, conforme definido pela então vigente Lei 1.533/51.

24 Acima já salientamos essas peculiaridades da técnica de julgamento não unânime ao falarmos de seu cabimento, extensão e dinâmica.

25 Vide www.conversasobreprocesso.com; “A Técnica de julgamento não unânime”.

26 A questão é polêmica. Há quem defenda a natureza recursal da remessa necessária.

27 vide www.conversasobreprocesso.com; “A Técnica de Julgamento Não Unânime”.

Este entendimento, predominante na jurisprudência da época²⁸, era objeto de críticas. Ora, se não cabia a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, quais regras regulavam a distribuição, a citação, as intimações etc? A Lei 1.533/51 nada disciplinava a respeito. Ao que nos parece, esse posicionamento jurisprudencial era explicitamente defensivo. E se justificava, em sua essência, por seu propósito, que nada mais era do que emprestar ao mandado de segurança um andamento mais célere.

Indagamos, pois: subsiste este motivo, de modo a se justificar, mais uma vez, uma solução restritiva para esta *quaestio iuris*? Mais uma vez, nossa resposta é negativa.

A técnica de julgamento não unânime foi concebida de modo a que seu procedimento não se torne um obstáculo ao andamento célere do processo. Diferentemente dos embargos infringentes, que demandavam a fluência de prazo recursal, a iniciativa da parte, a redistribuição do recurso, um novo relator e um novo julgamento, a técnica incide de ofício, sem prazo recursal, redistribuição, novo relator ou novo julgamento. É o mesmo julgamento. E havendo o *quorum* legal, pode ensejar a conclusão do julgamento na mesma sessão, sem se perder um dia sequer em termos de celeridade.

A eventual falta de estrutura de alguns Tribunais, s.m.j., não pode servir de justificativa para o surgimento de novo posicionamento jurisprudencial defensivo. Como já salientado acima, o caminho é encontrar soluções para os problemas estruturais e logísticos no tocante à técnica de julgamento não unânime, e não eliminá-la.

Assim, a nosso ver, por não corresponder aos embargos infringentes, a técnica de julgamento não unânime incide em apelação em mandado de segurança.

5. O CABIMENTO DA TÉCNICA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Não há previsão legal no art. 942 que preveja a incidência da técnica de julgamento não unânime em embargos de declaração. Assim, em regra, ainda que não haja consenso, não caberia a ampliação do colegiado nesta sede. Os embargos, salvo a exceção abaixo explicitada, poderão ser julgados com o colegiado composto pelos magistrados que participaram do início do julgamento da apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, nos termos do regimento interno de cada Tribunal.

28 Vide súmula 597 do Supremo Tribunal Federal e súmula 169 do Superior Tribunal de Justiça.

Há, contudo, uma situação em que, por suas peculiaridades, s.m.j., poderia se cogitar da aplicação do 942.

Sendo rejeitados os embargos, por unanimidade ou maioria, pouco importa, não haverá a incidência da técnica. O mérito do acórdão embargado, nestas circunstâncias, não se altera. Logo não existe qualquer respaldo legal para sua aplicação.

Quando houver provimento, apenas para esclarecer o julgado embargado, parece-nos, do mesmo modo e pelo mesmo motivo, que a técnica não pode ser cogitada.

A *vexata quaestio* surge no julgamento de embargos em que, seja por unanimidade, seja por maioria, é emprestado efeito infringente. Havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, os embargos devem ser não só conhecidos, como também providos, nos termos do art. 1.022 do CPC. Ora, se o esclarecimento dessas questões puder resultar em mudança do resultado do acórdão embargado, a nosso juízo se faz necessária a convocação do colegiado ampliado, nos termos do art. 942. Pensar diferente é abrir as portas para manobras processuais que podem tornar letra morta o art. 942.

Vejamus um exemplo. No início do julgamento da apelação, é formada a maioria em favor do apelante. Convocado o colegiado ampliado, o resultado do julgamento se inverte. Se se aceitar o rejuízo da apelação, em sede de embargos, apenas com os magistrados que compuseram a assentada originalmente, se estes mantiverem suas posições originais, o placar do julgamento será novamente revertido, voltando-se ao resultado inicial. Nesta hipótese, a aplicação do 942 seria um enorme perda de tempo. Torna-se-ia este dispositivo legal, repetimos, letra morta.

Nessa restrita situação, vemos, inclusive, violação do princípio do juízo natural, já que não prevalecerá, por via transversa, o voto da maioria do colegiado ampliado em privilégio da posição vencida do colegiado original.

6. O TEMPO E O ART. 942

Considerando que o processo se compõe de inúmeros atos, o direito processual, naquilo que se refere à incidência da lei nova, se orienta pela Teoria dos Atos Processuais Isolados, segundo a qual cada ato processual deve ser considerado isoladamente, para o fim de determinar qual lei será aplicada.

Nessa linha, a regra prevista no art. 14 do Código de Processo Civil é da aplicação imediata da lei processual aos processos em curso, preservados

“os atos processuais praticados e as situações jurídicas consagradas sob a vigência da norma revogada”.

Desse modo, a técnica de julgamento não unânime incidirá nos julgamentos de apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, nas hipóteses previstas em lei, iniciados já sob a vigência da nova lei. Aqueles julgamentos já iniciados e, porventura, ainda não concluídos, p.e., em razão de um pedido de vista, não estão sujeitos à técnica.

Uma situação, nesta perspectiva, suscita perplexidade. Se o julgamento se encerrou antes da vigência do novo código e seu resultado somente veio a ser publicado após, caberia a interposição de embargos infringentes ou a aplicação da técnica de julgamento não unânime? Vejamos.

À época da conclusão do julgamento e antes da publicação, não estava vigente a nova ordem processual e nem era possível interpor o recurso, já que ainda não disponível o acórdão.

Após a publicação, já em vigor o novo CPC, não haveria como incidir a técnica, já que concluído o julgamento, nem caberiam mais embargos infringentes então não mais existentes.

Recordemos, a propósito, que, no que se refere a recurso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a regra que o rege é aquela vigente na época da publicação da decisão recorrida²⁹.

Há, nessa conjuntura, uma lacuna legal. Um hiato que nos leva ao limbo interpretativo. O que fazer nessas circunstâncias?

A primeira opção seria aplicar excepcionalmente a técnica, reabrindo o julgamento, em homenagem aos princípios da ampla defesa e da isonomia. Essa escolha esbarra, contudo, em regra expressa na lei: o art. 941, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil³⁰, que veda a mudança de resultado do julgamento, *contrario sensu*, após proclamado o resultado.

A segunda opção seria aceitar, excepcionalmente, o cabimento dos embargos infringentes, já sob a vigência da lei nova que o extinguiu. Essa alternativa parece-nos inviável. Somente cabe recurso quando há previsão legal prévia que o tipifique. Se não há previsão, não existe recurso. Logo, se foram extintos os embargos infringentes, não vemos como ressuscitá-lo ainda que seja para situações excepcionais.

29 Vide AgRg no AREsp 849.405/MG, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 5.04.2016.

30 Dispõe o art. 941, parágrafo 1º do CPC: “art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo 1º. O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.”

Resta-nos, s.m.j., uma terceira e única opção. Simplesmente não fazer nada. Deixar aqueles que vivenciarem esta situação sem qualquer revisão de caráter infringente em sede de Tribunal local. Para aqueles que entendem que os embargos infringentes não encontram correspondência na técnica de julgamento não unânime, entre os quais nos incluímos, essa alternativa faz todo o sentido. Ora, se o recurso de embargos infringentes foi extinto e não há direito adquirido à sua interposição, já que não estavam presentes seus requisitos antes da mudança da ordem processual, nem recurso correspondente, não há que se cogitar de direito a esta extinta espécie recursal.

Outra questão. No julgamento de embargos de declaração, opostos contra apelação julgada e publicada sob a égide da lei revogada, já sob a vigência da lei nova, o colegiado, por maioria, à vista de uma omissão, reforma a decisão em seu mérito. Caberia aplicar a técnica de julgamento não unânime?

A nosso sentir, a resposta é positiva. A técnica é norma de impulso processual, incidente de ofício, em todos os julgamentos ou rejuvimentos de apelação, nos termos do art. 942 do CPC. O marco temporal, para definição da incidência dessa norma, parece-nos ser a data do início do julgamento ou rejuvimento. Destarte, o rejuvimento da apelação, ainda que seja apenas acerca do ponto omissis, que deveria ter sido apreciado e não o foi no primeiro julgamento, deve se dar à luz do ordenamento vigente. Essa é a regra do art. 14 do Código de Processo Civil. O mesmo deverá ocorrer se o julgamento for anulado. O novo julgamento obedecerá a regra procedimental vigente no momento de sua realização.

7. CONCLUSÃO

A técnica de julgamento não unânime, para nós, é bem-vinda. No mínimo merece uma chance. Permite uma reflexão maior sobre questões que se mostram mais polêmicas, assim identificadas à vista de um indício que não pode ser ignorado: a divergência entre os julgadores. As dúvidas acerca de seu funcionamento devem ser enfrentadas e dirimidas.

As deficiências estruturais de alguns Tribunais não podem servir de obstáculo para a incidência ou como justificativa para a eliminação dessa técnica. Devemos nos esforçar para encontrar soluções práticas, que ensejem o seu uso saudável, sem, tal qual na lenda de Alexandre, o Grande, precisar sacar da espada para desatar seus nós. Buscar respostas interpretativas adequadas que, ao mesmo tempo que não ultrapassem as fronteiras estabelecidas pelo legislador, deem soluções práticas que viabilizem a técnica como um instrumento de justiça, é o desafio a ser vencido.

Eis uma sugestão, a ser elaborada, que poderia estar a alcance de todos os Tribunais, sem que seja necessária reforma legislativa. Os próprios magistrados que compõem os diversos colegiados por todo o país, especialmente aqueles sem estrutura para dar continuidade ao julgamento na mesma sessão, poderiam estabelecer critérios internos para autodisciplinar seus julgamentos. P.e., espontaneamente definirem que somente se instaurará divergência no colegiado, caso seja útil para o processo. Aquele que divergir, sem que essa dissonância seja verdadeiramente aproveitável, de algum modo, para o processo, ao invés de votar contrário, acompanharia os demais e ressaltaria seu ponto de vista.

Um exemplo: questões de direito, seja individual ou coletivo, cuja última palavra sempre será dada pelos Tribunais superiores, especialmente nos casos em que já haja precedentes jurisprudenciais de cortes superiores, não ainda sedimentados. A incidência da técnica em julgamento que trate apenas de questão de direito pode não se justificar, notadamente se o órgão julgador não dispuser de membros suficientes para continuação imediata da assentada. Neste caso, o colegiado poderia, em consenso, formar unanimidade, ressaltando o voto divergente, de seu entendimento.

Salientamos, a propósito, que, no sistema processual vigente, já existem outras vias para se dirimir ou se firmar a jurisprudência sobre questões de direito, não nos parecendo que o debate ampliado, em sede de julgamento sob a regência do art. 942, em um caso individual, possa, verdadeiramente, acrescentar algo útil para realização da justiça.

Quando, contudo, a questão envolver fatos ou interpretação de contrato, cuja definição, a palavra final, caberia ao Tribunal local, imprescindível é a ampliação do colegiado. Em princípio, não haverá outra oportunidade para rediscutir o assunto.

Outra sugestão, agora voltada para os Tribunais Superiores, seria a de aplicar no julgamento de recursos que tenham como tema a violação do art. 942, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, as regras do Título III, referentes às nulidades, em especial os arts. 277 e 283, parágrafo único do CPC³¹.

31 Dispõe o art. 277. Do CPC: “ Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” Já o art. 283 e seu parágrafo único expressam: “ O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.”

Aristóteles afirmava que a sabedoria sempre está no ponto médio entre dois extremos. Entre a prodigalidade e a avareza, está a generosidade. Entre a temeridade e a covardia, está a coragem. O autodisciplinamento do órgão colegiado, com o uso racional e não compulsório da técnica pode ser este ponto médio.

De lege ferenda, poderia ser criada restrição para a incidência do art. 942, na discussão de matéria puramente de direito, restringindo seu emprego às questões de fato e de interpretação de cláusula contratual³². ❖

32 Vide www.conversasobreprocesso.com; “A Técnica de Julgamento Não Unânime”.