

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**Felipe José Mendes da Silva**

**A TÉCNICA DE JULGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA AOS LIMITES DA MATÉRIA  
DEVOLVIDA À TURMA JULGADORA**

**SÃO PAULO**

**2017**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**Felipe José Mendes da Silva**

**A TÉCNICA DE JULGAMENTO PREVISTA NO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA AOS LIMITES DA MATÉRIA  
DEVOLVIDA À TURMA JULGADORA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda.

**SÃO PAULO**

**2017**

Banca Examinadora

---

---

---

## RESUMO

Felipe José Mendes da Silva – A técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015: uma análise crítica aos limites da matéria devolvida à turma julgadora. 2017. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A presente monografia volta-se à discussão de um tema ainda incipiente no novo Código de Processo Civil de 2015: o limite da matéria devolvida à turma julgadora quando aplicado o julgamento estendido do artigo 942, cotejado ainda ao seu §2º. A escolha do tema, portanto da discussão mencionada, partiu da constatação da omissão do legislador na redação do aludido dispositivo, que é excessivamente abrangente, permitindo interpretações contrárias à própria natureza conceitual do instituto de prestígio às decisões divergentes. A análise do tema inicia-se com a sua abordagem histórica, desde as razões para a criação de um instituto que possibilitasse a prevalência da decisão divergente em Portugal, no século XV, até os Embargos Infringentes como conhecidos na revogação do Código de Processo Civil de 1973 e a sua transição para a novel técnica de julgamento introduzida pelo artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015. Realiza-se, também, um exame de diversas questões polêmicas surgidas em relação aos Embargos Infringentes sob a égide do *codex* revogado e suas possíveis implicações no atual Diploma Processual, até chegar-se na discussão objeto da presente monografia, uma das polêmicas do Código de Processo Civil de 2015. A conclusão que se obtém é que, respeitados entendimentos diversos, o legislador foi omissivo na redação do artigo 942, especialmente de seu §2º, de maneira que, pela sistemática do dispositivo, não há limites para os magistrados que compõem a formação original da turma julgadora reverem seus votos. Em outras palavras, eles podem não só reformar seu voto em relação à matéria divergente, mas também em relação a ponto já votado de maneira unânime, o que é absolutamente contrário à natureza jurídica do instituto, algo que não se pode admitir.

Palavras-chave: Decisão divergente. Não-unanimidade. Voto vencido. Embargos Infringentes. Técnica de julgamento. Julgamento estendido. Prorrogação do julgamento. Limites. Devolutividade. Revisão. Voto.

## ABSTRACT

Felipe José Mendes da Silva – The technique of judgment provided in the Article 942 of the Civil Procedure Code of 2015: a critical analysis of the limits of the matter returned to the judging panel. 2017. Pontifical Catholic University of São Paulo.

The purpose of this monograph is to discuss a still incipient subject in the new Civil Procedure Code of 2015: the limit of the matter returned to the judging panel, compared to its §2º. The choice of the subject, and therefore of the discussion mentioned, started from the finding of the omission of the legislator in the writing of the article, which is too broad, allowing interpretations contrary to the very conceptual nature of the institute of prestige to divergent decisions. The analysis of the subject begins with its historical approach, from the reasons for the creation of an institute that allowed the prevalence of the divergent decision in Portugal in the XV century, until the Embargos Infringentes as known in the repeal of the Civil Procedure Code of 1973 and its transition to the new technique of judgment introduced by the article 942 of the Civil Procedure Code of 2015. An examination is also made of several controversial issues arising from the Embargos Infringentes under the aegis of the revoked Civil Procedure Code and its possible implications in the current Procedural Code, until the arrive on the subject of this monograph, that is also one of the controversies of the Civil Procedure Code of 2015. The conclusion to be drawn is that, with due regard for different understandings, the legislator was silent in the writing of the article 942, especially of its §2º, so that by the system of the provision in the article there is no limit to the magistrates who make up the original formation of the judging panel to review their votes. In other words, they can not only reform their vote in relation to the divergent matter, but also in relation to a point already voted unanimously, which is absolutely contrary to the legal nature of the institute, which can not be admitted.

Keywords: Divergent decision. Non-unanimity. Losing vote. Embargos Infringentes. Judgment technique. Extended judgment. Prolongation of judgment. Limits. Returnability. Review. Vote.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>ESCORÇO HISTÓRICO DOS EMBARGOS INFRINGENTES.....</b>	<b>11</b>
2.1	As raízes lusitanas e o prestígio à decisão divergente.....	11
2.2	A criação e supressão do recurso pela Legislação Portuguesa.....	13
2.3	O surgimento dos embargos no Brasil após o Regulamento 737.....	15
2.4	A crise causada pelo Código de Processo Civil de 1939 .....	17
2.5	A consolidação do recurso no Código de Processo Civil de 1973.....	18
2.6	As alterações da Lei 10.352 de 2001.....	20
2.7	O fim do recurso no Código de Processo Civil de 2015 .....	21
2.8	Remate histórico-evolutivo dos embargos infringentes .....	22
<b>3</b>	<b>OS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E SUAS PRINCIPAIS PROBLEMÁTICAS.....</b>	<b>24</b>
3.1	Considerações iniciais .....	24
3.2	O cabimento de Embargos Infringentes em face de acórdão proferido em sede de agravo de instrumento .....	26
3.3	A matéria de ordem pública nos Embargos Infringentes .....	30
3.4	A necessidade de declaração do voto divergente para fins de oposição dos Embargos Infringentes .....	32
3.5	Os Embargos Infringentes em sede de Mandado de Segurança.....	34
3.6	Os Embargos Infringentes opostos nos Embargos de Declaração acolhidos por maioria de votos .....	37

3.7	A possibilidade de oposição de Embargos Infringentes quanto à parte relativa a honorários advocatícios.....	38
3.8	Conclusões acerca das problemáticas do recurso no Código de Processo Civil de 1973.....	41

**4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A TÉCNICA DE JULGAMENTO INTRODUZIDA PELO SEU NOVEL ARTIGO 942 ..... 43**

4.1	Ponderações preliminares.....	43
4.2	Questões procedimentais – §§1º e 2º do artigo 942.....	45
4.3	O julgamento estendido na ação rescisória e no agravo de instrumento - §3º do artigo 942.....	47
4.4	Hipóteses de não aplicação nova técnica de julgamento - §4º do artigo 942.....	49
4.5	A natureza jurídica do artigo 942.....	51
4.6	O potencial aumento da morosidade no trâmite dos processos nos Tribunais.....	51
4.7	A possibilidade de votações unânimes “forçadas”.....	53
4.8	A contraditória vedação à aplicação da técnica de julgamento na hipótese de remessa necessária.....	54

**5 A DEVOLUTIVIDADE DO JULGAMENTO ESTENDIDO DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 ..... 58**

5.1	Abordagem inicial ao tema.....	58
5.2	O efeito devolutivo nos extintos Embargos Infringentes.....	59
5.3	O efetivo limite da matéria devolvida à reapreciação dos julgadores – uma crítica ao §2º do artigo 942.....	61
5.4	O posicionamento favorável à ausência de limite na devolutividade da matéria no julgamento estendido.....	64
5.5	Análise da aplicação pretoriana do artigo 942.....	66

**6 CONCLUSÃO ..... 71**

<b>7</b>	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>74</b>
----------	--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

“Temos que saber de onde viemos, para saber onde estamos, e para onde vamos”.

A clássica expressão servirá como luvas para a análise do novel artigo 942 e a técnica de julgamento a qual introduziu.

Para “saber de onde viemos”, faremos uma digressão a Portugal, século XV, para entender o surgimento do instituto de prestígio à decisão divergente e seu desenvolvimento em terras lusitanas até os dias atuais.

Em paralelo, abordaremos a influência do direito reinol no surgimento e evolução dos Embargos Infringentes, um recurso que, a despeito de ter recebido influências do Direito Português, pode ser reputado como um meio tipicamente brasileiro de impugnação das decisões judiciais.

Chegaremos, nessa esteira, ao Código de Processo Civil de 1973 como o conhecíamos até sua recente revogação e, sob a sua égide, analisaremos os Embargos Infringentes, sua aplicação pretoriana, as principais polêmicas daí advindas e as prováveis consequências na sistemática processual após a reforma de 2015.

Para “saber onde estamos”, analisaremos de forma crítica o artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, as novidades as quais introduziu, seus benefícios e suas problemáticas.

A partir dessa abordagem geral, chegaremos à crítica proposta no título da presente monografia: os limites da matéria devolvida à turma julgadora à luz do §2º do precitado dispositivo do Diploma Processual de 2015.

Apresentaremos, dessa forma, os problemas da redação do artigo, em especial a crucial omissão do legislador quanto aos limites para revisão do voto já proferido pelos magistrados da composição original da turma julgadora.

Em relação ao tema, ainda, exporemos e explicaremos o nosso posicionamento, sem prejuízo da exposição de entendimentos diversos, passando também pela análise de

determinados julgados que abordaram a questão no âmbito dos Tribunais e, por fim, ofereceremos uma possível solução ao problema.

Desta forma, considerada a tenra vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 e a técnica de julgamento a qual introduziu em seu artigo 942, a presente monografia poderá ser um auxílio para sabermos, processualmente, “para onde vamos”.

## 2 ESCORÇO HISTÓRICO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

### 2.1 As raízes lusitanas e o prestígio à decisão divergente

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro tenha sofrido, desde a sua gênese, a influência de diversos outros ordenamentos estrangeiros, inclusive com a inclusão de diversos institutos neles previstos, é certo que a figura do recurso de embargos, como um todo, além mesmo de seu objetivo de impugnação de decisões não-unânicos, é uma criação original do Direito Português<sup>1</sup>.

E exatamente pela gênese lusitana dos embargos é que, antes mesmo de analisar a modificação efetivada pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao seu predecessor de 1973 quanto aos embargos infringentes, cumpre remontar às origens da sistemática jurídica portuguesa, analisando a evolução histórica do recurso para se entender a razão do surgimento (e do fim) da impugnação de decisões não-unânicos.

Nesse cenário, retornando ao ano de 1446, data da promulgação das Ordenações do Reino, conhecidas como Afonsinas, já havia previsão de convocação de novos julgadores em hipótese de divergência no *decisum*, a qual, caso ainda persistisse, seria sanada pelo Presidente ou pelo monarca regente, dependendo da relevância da demanda posta a julgamento<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. BORGES, Marcos Afonso *Embargos infringentes*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 16. Frise-se, por oportuno, que o ineditismo da ferramenta processual não diz respeito somente à impugnação das decisões com maioria de votos, mas sim à figura do recurso de embargos em todas suas espécies. V., por todos, COSTA, M. L.; AZEVEDO, L. C. *Estudos de história do processo – recursos*. São Paulo: FIEO-Joen, 1996. p. 162, *in verbis*: “É ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço do direito romano, no germânico ou canônico, nem nos ordenamentos jurídicos dos diversos povos de civilização ocidental, que se formaram em decorrência da interpretação daqueles três grandes sistemas, de que no fundo todos são tributários”.

<sup>2</sup> Cf. CRUZ E TUCCI, José. Rogério.; AZEVEDO, Luis Carlos. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 265.

As Ordenações Manuelinas de 1526 mantiveram as mesmas diretrizes, porém limitando tematicamente a inclusão de novos julgadores. No caso, apenas seriam convocados novos Desembargadores quando a divergência dissesse respeito ao valor da causa.

No ano de 1526, O Rei D. João III, em sua reforma à “ordem do juízo”, proibiu os Desembargadores de assinar votos com os quais não concordassem. Nesse momento da história já se percebe que o Direito Português passa a prestigiar o voto divergente.

E na sequência desse prestígio, o Código Sebastião, promulgado em 1539, deixou claro que a divergência entre os julgadores era questão de alta relevância no meio jurídico, tendo em vista que, nas hipóteses em que fossem confirmadas decisões interlocutórias, bastava a concordância de dois dos Desembargadores votantes. Já para a respectiva revogação era necessária a presença de três julgadores que votassem no mesmo sentido, já que havendo divergência entre eles era convocado um quarto Desembargador.

No Código Sebastião, ainda, é relevante salientar que uma das modificações introduzidas foi a de facultar aos Desembargadores a apreciação da matéria “como lhe parecer justiça”, quando despachassem na sequência de outro.

Essa novidade apontou notória evolução quando comparada às Ordenações Manuelinas de 1521, que determinavam que os julgadores deveriam seguir a decisão interlocutória, ainda que dela discordassem. Daí se vê a preocupação do Direito Português quanto à importância de se proferir decisões com base no livre convencimento do julgador.

Dessa mesma forma seguiram-se as Ordenações Filipinas de 1603 e todas as alterações efetivadas durante o Século XVIII, ou seja, sempre com a atenção voltada às decisões feitas por maioria, solucionando o impasse por meio da inclusão de novos magistrados ou pela previsão de quorum diferenciado para apreciação de determinada matéria.

O que se extrai, portanto, desse momento de origem dos embargos, além da já mencionada preocupação do legislador português quanto às decisões não-unânicas, é que em nenhum momento foi previsto um recurso visando sanar decisão não-unânime. Tudo se tratou de técnicas de julgamento efetivadas pelos próprios julgadores, mas nunca de um meio de impugnação de decisões judiciais.

Como já se denota, toda essa evolução dos embargos nesse período histórico compreendido entre os Séculos XV e XVIII se aproxima muito da alteração efetivada pelo nosso Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, a supressão dos embargos infringentes, tal como feito pelo legislador brasileiro em 2015, também foi uma medida tomada pelos legisladores portugueses já no Século XX em suas reformas legislativo-processuais.

Vejamos como o Direito Português tratou de criar um recurso para impugnar decisões não-unânicas e posteriormente suprimi-los de seu ordenamento, mantendo a técnica de julgamento para prestigiar o voto divergente.

## **2.2 A criação e supressão do recurso pela Legislação Portuguesa**

Passada a fase de inúmeras reformas esparsas no ordenamento jurídico lusitano, foi promulgado, em 1876, o Código de Processo Civil Português.

Em seu bojo, especificamente quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais, foi incluído o recurso de “embargos”, cabíveis em inúmeras hipóteses e, dentre estas, quando o acórdão fosse definitivo, mas tendo a causa sido julgada por tenções, ou seja, com uma espécie de divergência.

No ano de 1926, com o Decreto 12:353, surge, pela primeira vez, uma forma de impugnação específica às decisões não-unânicas. Entretanto, o principal objetivo do Decreto em relação à criação de uma hipótese específica para os “embargos” era, na verdade, limitar as hipóteses de cabimento desse recurso.

Com efeito, como bem explica José Alberto dos Reis<sup>3</sup>, a intenção do legislador foi a de acrescentar mais um requisito aos demais previstos no Código de Processo Civil para que os

---

<sup>3</sup> REIS, José Alberto. *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*. Coimbra: Coimbra Ed., 1929. p. 610. O art. 51.º do Dec. 12:533 suprimiu o recurso de embargos às sentenças dos juizes de direito. Quanto aos embargos aos acórdãos, dispôs que só serão admitidos quando a decisão embargada tiver obtido apenas a maioria de um voto. Levantaram-se dúvidas sobre se, verificada a condição de o acórdão ter sido tirado por um voto de maioria, seria sempre admissível o recurso de embargos, ou se a condição estabelecida pelo art. 51.º do Dec.

“embargos” fossem viáveis, mas jamais acrescentar uma nova hipótese de cabimento. Em outras palavras, a intenção foi de limitar e não acrescentar uma possibilidade.

Para o supracitado jurista, ainda, a revisão de decisões não-unânicas se justificava apenas perante os “Tribunais de Relação” e Superiores, onde cinco julgadores apreciavam a causa, uma vez que na hipótese de restar três votos em um sentido e dois em outro, “tal divergência mostrava, por um lado, que a questão era duvidosa e dava, por outro lado, alguma probabilidade de êxito aos embargos”<sup>4</sup>.

Desta forma, incorporado o Decreto 12:353 ao Código de Processo Civil, o respectivo artigo (artigo 1.142) que permitia a oposição de embargos passou a ter a seguinte redação: “Só admitem embargos os acórdãos definitivos proferidos em causas julgadas por tenções, quando a decisão embargada tiver obtido apenas a maioria de um voto”.

Entretanto, pouco tempo depois, em 1932, foi promulgado o Decreto 21:694 que limitou ainda mais as hipóteses de cabimento dos embargos. Dessa vez, eliminou-se a possibilidade de oposição perante os Tribunais de Relação, sendo permitida apenas contra acórdãos proferidos no âmbito do STJ, mantendo-se todos os demais rígidos requisitos.

E, seguindo a lógica dos decretos anteriores, o Diploma Processual Português de 1939 extinguiu de uma vez por todas o recurso de embargos, eliminando de seu rol qualquer hipótese de impugnação, pela parte, de decisões não-unânicas.

Conclui-se, portanto, que o Brasil, a partir da revogação do recurso de embargos em Portugal no ano de 1939 até a reforma processual brasileira de 2015, era o único país que previa um recurso autônomo para impugnar decisões por maioria. Exatamente por esse peculiar fato é que também se faz imperioso o estudo da evolução dos nossos embargos infringentes.

---

12:353 vinha acrescer aos requisitos exigidos pela legislação anterior. Sustentei, na 1.<sup>a</sup> edição deste livro, que a interpretação exacta era a segunda. O decreto quis manifestamente restringir a admissão do recurso de embargos. Entendeu o legislador que este recurso só servia, na maior parte dos casos, para prolongar inútilmente a causa.

<sup>4</sup> Idem, p. 611.

### 2.3 O surgimento dos embargos no Brasil após o Regulamento 737

Proclamada a Independência no Brasil, toda a legislação promulgada pelos monarcas portugueses passou a vigorar em nosso território, por força do quanto determinado na Assembléia Constituinte de 1823.

O direito processual civil pátrio, por seu turno, deu seus primeiros passos apenas em 1850, com a promulgação do Regulamento 737, o qual é tratado como verdadeiro monumento jurídico brasileiro e verdadeira pedra angular para o desenvolvimento dos diplomas que viriam nas décadas seguintes.

Mas à despeito de sua importância e de até mesmo ter regulado inúmeras espécies de embargos, o Regulamento 737 nada dispôs acerca da impugnação às decisões não-unânicas.

De maneira curiosa, apesar de ter previsto a possibilidade de oposição de “embargos modificativos ou infringentes”, estes em nada guardavam relação com a discordância entre julgadores. Confira-se, a propósito, os artigos 662 a 664 do Regulamento 737, *in verbis*:

Art. 662. As sentenças proferidas nas Relações poderão ser embargadas dentro de dez dias (Art. 639), pedindo o embargante vista dos próprios autos ao Juiz relator do feito, que a dará por cinco dias ao embargante, seja parte singular ou colectiva, seguindo a discussão dos embargos a forma determinada no Art. 644.

Art. 663. Estes embargos podem ser modificativos ou infringentes do julgado; nelles poderá allegar-se qualquer nullidade nos termos do Cap. I Tit. II das nullidades, e quanto a materia de facto só poderão ser offerecidos sendo acompanhados de prova litteral in continente. Além dos referidos embargos serão ainda admissiveis os de restituição.

Art. 664. Os mesmos Juizes que assignarão o Accordão embargado conhecerão destes embargos, e dos de declaração, ou de restituição de menores, havendo-se no julgamento de todos elles a forma seguida para o dos embargos nas causas cíveis. (Regulamento 737)

O grande mérito do Regulamento 737, no que se relaciona ao tema ora sobre análise, é a introdução, ainda que embrionária, da expressão “infringentes”, a qual seria utilizada por décadas para especificar a forma de embargos que enfrenta decisões não-unânicas.

A omissão quanto à previsão de qualquer recurso autônomo que viesse a impugnar decisões por maioria de votos perdurou também na Consolidação das Leis do Processo Civil de 1878.

De igual forma, nas primeiras décadas do Século XX, momento no qual o processo civil brasileiro foi marcado pela sua dualidade e, por via de consequência, pelas diversas codificações estaduais, o julgamento não-unânime em nenhum momento foi pressuposto para interposição de qualquer sorte de recurso.

A primeira notícia que se tem acerca de um regramento estadual prever a aludida impugnação marca o ano de 1923, especificamente o Decreto 16.273 da organização judiciária do Distrito Federal. Em seus artigos 100 e 108 é possível extrair o cabimento do recurso autônomo em face de julgamento por maioria de votos, in verbis:

Art. 100. Os accordams das Camaras civeis constituem decisão de ultima instancia, quando proferidos por unanimidade, em confirmação de sentenças appelladas.

§ 1.º No caso de divergencia, é obrigatoria a fundamentação, por escripto, do voto vencido.

§ 2.º Os accordams dessas Camaras, porém, coustituem sempre decisões de ultima instancia, com effeitos de cousa julgada, quando proferidos em causas de pretoria, de valor não excedente a 5:000\$000.”

Art. 108. A' Côrte de Appellação compete julgar em unica e definitiva instancia:

I – Os embargos infringentes do julgado oppostos, na acção ou na execução, aos accordams das Camaras de appellação civel e de agravos, quando estes não constituam, nos termos prescriptos nas disposições anteriores, decisão de ultima instancia.

A's decisões da Côrte não são admittidos embargos, senão os de declaração. (Decreto 16.273/1923)

Em outras palavras, acórdãos das Câmaras Cíveis formavam “decisão de última instância” quando eram unânimes (artigo 100, *caput*). Por outro lado, competia à Corte de Apelação julgar embargos infringentes contra decisões que não eram “decisão de última instância” (artigo 108, I), ou seja, que não eram unânimes.

Desta forma, ainda que por vias indiretas, admitiam-se embargos infringentes contra julgados formados por maioria de votos.

Em 1926, ainda no Distrito Federal, o Decreto 5.053 de 1926 tornou explícito cabimento de embargos infringentes em seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5.º Os acórdãos da Camara de Apelações civeis estão sujeitos a embargos de nulidade ou infringentes do julgado, excepto quando proferidos em causas de pretoria, as quaes serão julgadas por toda a Câmara.

Novamente por interpretação lógica, os embargos infringentes poderiam ser opostos contra acórdãos da Câmara de Apelações. Mas a natureza dos acórdãos a serem impugnados só foi definida na segunda parte do artigo, porquanto apenas “em causas de pretória” todos os componentes da Câmara participariam do julgamento.

A *contrario sensu*, os demais acórdãos, ou seja, aqueles julgados por certo número de Desembargadores que, por sua vez, não obtivessem consenso, poderiam ser embargados, com a conseqüente inclusão de demais julgadores.

Finalmente, antes da vigência do Código de Processo Civil de 1939, o Governo Federal editou a Lei 319, que regulou a recorribilidade no âmbito das Cortes de Apelação e de suas respectivas Câmaras, mantendo, dentre outras particularidades, as disposições introduzidas pela organização judiciária do Distrito Federal.

#### **2.4 A crise causada pelo Código de Processo Civil de 1939**

O primeiro *codex* processual brasileiro trouxe, em seu artigo 833, a previsão dos “embargos de nulidade e infringentes do julgado”.

A redação original do dispositivo, alterada três vezes em menos de uma década, previa o cabimento dos embargos quando “não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença”, ou seja, requisitos muito semelhantes àqueles necessários para oposição de embargos infringentes até o fim do Código de Processo Civil de 1973.

A redação final do artigo, por outro lado, acolheu a impugnação de todas as decisões não-unâimes, para manter ou revogar a decisão de origem, em grau de apelação, ação rescisória e mandado de segurança.

Outrossim, o que marcou o período de vigência de Código de Processo Civil de 1939 foi a grande discussão e polêmica acerca do artigo 833 dispor sobre um ou dois recursos, em razão da partícula “e” em sua redação (“embargos de nulidade e infringentes do julgado”).

Outra celeuma da época dizia respeito à natureza jurídica dos embargos: se modificativos ou ofensivos, expressão essa que remete às Ordenações Afonsinas em razão de sua finalidade em tolher, encerrar a ação.

A primeira das polêmicas foi sanada com o entendimento de que eram cabíveis duas modalidades de embargos, uma para versar sobre a nulidade do processo ou do julgado e outro para promover o julgamento com novos componentes julgadores, trazendo à baila ainda o Decreto 5.053 de 1926 do Distrito Federal que, como previsão original, já previa o cabimento de recursos distintos.

Em relação à natureza jurídica dos embargos, Egas Dirceu Moniz de Aragão<sup>5</sup> bem definiu que os embargos infringentes, àquela época, constituíam uma espécie híbrida de recurso, englobando tanto sua face modificativa, ou seja, visando modular efeitos, quanto sua face ofensiva, qual seja, extinguir a ação, ainda que por meio da impugnação de decisão não-unânime.

Enfim, percebe-se, com meridiana clareza, que o Código de Processo Civil de 1939 trouxe fortes conceitos do Direito Português para o novel instituo dos embargos infringentes, gerando grande confusão em sua aplicação, haja vista sua introdução com finalidades modificativas e ofensivas.

## **2.5 A consolidação do recurso no Código de Processo Civil de 1973**

A Lei 5.869 de 1973 introduziu-nos o então novo Código de Processo Civil.

---

<sup>5</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Embargos infringentes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 158-162.

O Diploma Processual de 1973, assim como seu revogado predecessor, listou os embargos infringentes como recurso autônomo em seu artigo 496, inciso III, regulando-o pelo conteúdo dos artigos 530 a 534.

A primeira modificação que se nota da leitura dos mencionados artigos é que foi suprimida a locução “nulidade e infringentes do julgado”, fugindo de qualquer discussão do porte daquelas travadas sob a égide do Código de Processo Civil de 1939. Assim, o artigo 530 entrou em vigor com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Percebe-se que o legislador não alterou em nada o antigo artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939, suprimindo apenas a locução já mencionada para evitar qualquer discussão, além de não prever o cabimento do recurso em sede de mandado de segurança.

Mas, como já era de se esperar, a nova redação não obteve êxito em fugir das calorosas discussões sobre a celeridade processual intrínseca (ou não) aos embargos infringentes.

E o primeiro a dar início à discussão foi o próprio Alfredo Buzaid<sup>6</sup>, clamando contra o instituto na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil por tratar-se de uma morosa busca pelo aperfeiçoamento do *decisum*, relegando o ideal de justiça e sua efetividade a um segundo plano.

Acalorando ainda mais a discussão, José Carlos Barbosa Moreira<sup>7</sup> voltou atrás em sua posição contrária aos embargos infringentes e passou a defender, com base na “experiência judicante”, a manutenção do recurso, mas com cabimento restrito, a remontar o “sistema primitivo do estatuto de 1939”.

---

<sup>6</sup> “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão” (apud BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, p. 519).

<sup>7</sup> *Idem*, p. 520.

Diante de mais essa polêmica envolvendo os embargos infringentes e a impugnação às decisões não-unânicas, a iminente reforma processual, efetivada em 2001, não poderia deixar de abordar o tema.

Vejamos.

## **2.6 As alterações da Lei 10.352 de 2001**

Em meio a discussão sobre manutenção ou supressão dos embargos infringentes, prevaleceu a temperança: definiu-se o seu cabimento restrito.

E essa restrição veio por meio de três principais alterações. A primeira delas, novamente bebendo da fonte do Código de Processo Civil de 1939, preconizou que os embargos infringentes só seriam cabíveis contra acórdão não-unânime que reformar a sentença de mérito, limitando o seu cabimento, que antes abarcava também a hipótese de oposição do recurso em face de sentença terminativa.

A segunda e a terceira modificações, ambas de ordem procedimental, determinaram que o relator procederia ao juízo de admissibilidade do recurso apenas após vistas ao embargado, bem como que ficaria a cargo do regimento interno de cada Tribunal de Justiça a elaboração de normas acerca da necessidade ou não de inclusão de novo relator.

A aplicação pretoriana dessas alterações foi rotineira e até certo ponto pacífica, como se denota do aresto proferido pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração nº 0034061-39.2011.8.26.0053/50001, publicado em 28 de novembro de 2013, relatado pelo Desembargador Eduardo Gouvêa, *in verbis*:

“Com efeito, a Súmula 597 do C. STF, assim determina: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.”

No mesmo sentido a Súmula 169 do STJ: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.”

Assim, por tratar-se de questão de Ordem Pública, acolho os embargos com efeito modificativo do v. acórdão, rejeitando os Embargos Infringentes por não serem admitidos em processos de mandado de segurança.

O Egrégio STJ tem este mesmo entendimento: (...)”

E assim permaneceram as disposições durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, até que fosse revogado na última reforma processual de 2015.

## **2.7 O fim do recurso no Código de Processo Civil de 2015**

Sem prejuízo de uma análise mais profunda, adiante realizada, do atual dispositivo que substituiu os embargos infringentes, e até mesmo para concluir o perfil histórico do tema, cumpre abordar que o novo Código de Processo Civil de 2015 extirpou os embargos infringentes. Mas não sem discussão sobre a exclusão.

Com efeito, a versão original do Projeto do novo Diploma no Senado havia excluído totalmente o instituto, sem qualquer correspondente em seu lugar.

Entretanto, face aos inúmeros pedidos de retorno dos embargos infringentes, cotejados aos problemas práticos (diga-se morosidade) intrínsecos ao seu procedimento recursal, a versão final do Projeto na Câmara dos Deputados optou por formular o artigo 942 como vemos hoje.

Nesse sentido, vale trazer à colação trecho do Relatório do Anteprojeto de Código de Processo Civil<sup>8</sup>, em que o corpo de juristas pondera a modificação no novo Código, *in verbis*:

Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes. Há muito, doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos. Em contrapartida a essa extinção, o relator terá o dever de declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento.

Nada obstante os inúmeros e criativos requerimentos surgidos sobretudo durante as audiências, os embargos infringentes foram suprimidos, dando lugar ao artigo 942, o qual determina a devolução do julgamento para um colegiado ampliado, na hipótese de julgamento

---

<sup>8</sup> Relatório do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. Acesso em: 09.09.2017.

não-unânime de apelação, ação rescisória e até mesmo de agravo de instrumento que tenha desafiado o mérito da demanda.

Diante disso, o que se observa, curiosamente, é que a reforma e as alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 se aproximam sobremaneira do regramento estabelecido pelas Ordenações Afonsinas no ano de 1446 em Portugal, no qual a ampliação do colegiado independia de um recurso autônomo da parte, pois sequer era previsto no rol de impugnação às decisões judiciais, sendo uma verdadeira técnica de julgamento aplicado de ofício pelos julgadores.

## **2.8 Remate histórico-evolutivo dos embargos infringentes**

Remetendo ao início do presente escorço histórico, afirmou-se que o recurso de embargos, em todas as suas feições, é uma criação do Direito Português, adaptada tanto lá quanto cá para os anseios da sociedade e de todo o sistema jurídico.

Por outro lado, podemos afirmar, com cristalina certeza, que os embargos infringentes, como meio de impugnação às decisões não-unânicos, constituem um recurso puramente brasileiro.

Afinal, como exposto, enquanto a legislação portuguesa admitiu a possibilidade de oposição de embargos também contra decisões não unânicos no ano de 1926, por meio do Decreto 12:353, modificando o Código de Processo Civil de 1876, o ordenamento brasileiro, três anos antes, em 1923, previu a impugnação genérica a decisões não-unânicos na promulgação do Decreto 16.273 da organização judiciária do Distrito Federal.

Entretanto, como também já abordado, enquanto esse meio de impugnação durou pouco mais de dez anos em terras portuguesas, no Brasil os embargos infringentes tiveram uma vida de quase noventa anos, aplicando apenas em 2015 muitos dos regramentos já observados em 1446.

Por fim, o que se extrai da evolução do recurso voltado à impugnação de decisões não-unâнимes é que seu fim se deu, sobretudo, à sua derrota no embate contra a celeridade processual, princípio esse cada vez mais homenageado nos dias atuais.

De toda forma, não há que se afastar o lúcido raciocínio de Pontes de Miranda<sup>9</sup>, ainda em 1949, sobre os benefícios da inclusão de novos julgadores quando houver divergência entre os originais, *in verbis*:

É então que se verifica a verdadeira função político-jurídica do recurso de embargos: estão presentes os juízes vencedores e o juiz vencido ou os juízes vencidos, misturados com os juízes que não tomaram parte no julgamento; a matéria, em grau de embargos, ganha em melhor estudos dos advogados e melhor apreciação dos juízes, de modo que se junta à experiência dos juízes do tribunal, cujo acórdão se embarga, o estudo recente do relator e do revisor do recurso de embargos. Psicologicamente, e dizemo-lo com a observação direta de muitos anos, os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, são os julgamentos das câmaras de embargos, e não se compreende que, ainda em Portugal, houvesse hostilidade ao velho recurso lusitano, preciosa criação da mentalidade popular na reação contra a errada justiça reinícola

De se prestigiar, também, a preciosa construção doutrinária e jurisprudencial do Direito Português, o que foi muito bem enfatizado por Rogério Lauria Marçal Tucci<sup>10</sup>, *in verbis*:

Finalmente, é forçoso, mais uma vez, salientar a importância das Ordenações do Reino, fonte perene e eterna da qual a consulta é sempre valiosa, não só para fins históricos como para contribuição dogmática atualíssima em pleno século XXI.

Assim sendo, a modificação introduzida pelo artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 é extremamente salutar, pois conseguiu prestigiar, ainda que num primeiro momento, os anseios da sociedade e do jurisdicionado pela celeridade processual, aliada ainda à melhor técnica processual fruto do trabalho diário de todo o corpo jurídico pátrio, permitindo a inclusão de novos julgadores sem gerar uma intensa morosidade processual com a necessidade de interposição de um novo recurso, a propiciar uma melhor qualidade dos julgados.

---

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, vol. 5, p. 169-170.

<sup>10</sup> TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Perfil histórico dos embargos infringentes (das Ordenações Afonsinas ao Código de Processo Civil de 2015). *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 275-293, novembro 2015.

### 3 OS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E SUAS PRINCIPAIS PROBLEMÁTICAS

#### 3.1 Considerações iniciais

Como já se delineou em linhas passadas, os Embargos Infringentes sofreram inúmeras alterações e adaptações ao longo do tempo, constantemente oscilando entre uma maior ou menor abrangência em seus pressupostos de admissibilidade.

Com efeito, no período temporal pertinente a este capítulo específico, cumpre relembrar a redação original dada pelo Código de Processo Civil de 1973 ao seu artigo 530, para que passemos a analisar a mencionado oscilação, *in verbis*:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

O que se depreende da redação do artigo é que são cabíveis os Embargos Infringentes em face de julgados não-unânicos proferidos em sede de apelação e ação rescisória, limitando-se a matéria devolvida ao objeto da divergência.

Pode-se concluir, portanto, que a redação é a mais abrangente possível, com limitações mínimas aos critérios de admissibilidade recursal.

Contudo, introduzida a reforma proposta pela Lei 10.352 de 2001, a abrangência de admissibilidade dos Embargos Infringentes foi reduzida. Aliás, esse foi o escopo desta Lei: tentar reduzir a atividade pretoriana por meio da limitação às hipóteses de admissibilidade recursal.

Vejamos como ficou a redação do artigo 530 após a reforma, *in verbis*:

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

Note como algumas variáveis foram adicionadas à equação dos Embargos Infringentes.

Dessa vez, para ser cabível o recurso, o acórdão proferido em sede de apelação, além de não ser unânime, deveria ter reformado uma sentença que fosse exclusivamente de mérito.

Pela redação antiga, bastava a ausência de consenso para autorizar a oposição dos Embargos Infringentes. Após a reforma, era necessário que a ausência de consenso fosse tão somente sobre a reforma de uma sentença de mérito.

No caso do acórdão proferido em ação rescisória, igualmente, a hipótese de admissibilidade recursal foi limitada ao restar previsto que apenas seriam oponíveis os Embargos Infringentes para desafiar acórdão que houvesse julgado procedente a demanda.

Tal qual no caso da apelação, a redação então superada exigia apenas o julgamento por maioria. A nova redação, por seu turno, já exige que o julgado não-unânime tenha entendido pela procedência do pedido rescisório.

Obviamente, essas alterações na redação do hoje revogado artigo 530 trouxeram muitas e inúmeras complicações, criando verdadeiros problemas na atividade judicante e inúmeras discussões conceituais e doutrinárias especialmente acerca das hipóteses de cabimento dos Embargos Infringentes.

Na esteira dessas dificuldades trazidas pelo legislador na reforma processual de 2001, é salutar citar a conclusão sempre lúcida da conceituada jurista Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>11</sup> acerca da busca, por meio de atividade legislativa, de diminuição da saturação do Poder Judiciário, *in verbis*:

Cada vez mais se percebe, portanto, que leis cujo objetivo precípuo seja o de diminuir a sobrecarga dos tribunais, a qualquer custo, sem que esta finalidade seja acompanhada de real preocupação com a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, acabam tendo seus contornos iniciais (literais) redefinidos pela doutrina e às vezes pela própria jurisprudência.

---

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes). São Paulo: Revista de Processo: RePro, v. 34, n. 171, p. 24-34, maio 2009

E algumas das principais redefinições aos contornos originais das disposições acerca dos Embargos Infringentes dados pelos operadores do Direito, como mencionado pela ilustre processualista, serão adiante analisadas.

### **3.2 O cabimento de Embargos Infringentes em face de acórdão proferido em sede de agravo de instrumento**

Uma das alterações introduzidas pela Lei 10.352 de 2001, como mencionado, foi a possibilidade de oposição dos Embargos Infringentes apenas quando o acórdão não-unânime reformar sentença de mérito em sede de apelação, pelos termos do já superado artigo 530.

Todavia, a prática forense trouxe a seguinte problemática: seriam oponíveis Embargos Infringentes para desafiar acórdão não-unânime em sede de agravo de instrumento?

É novamente Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>12</sup> que orienta a solução ao recorrente problema enfrentado nos Tribunais, *in verbis*:

A resposta a esta questão, segundo nosso entendimento, deve orientar-se pela *finalidade* dos embargos infringentes, bem como pela *natureza da decisão* contra a qual tal recurso é interposto.

E firme nesse norte é que se passa a analisar a *natureza das decisões*, para que então se analise qual o seu respectivo recurso.

Nesse sentido, a definição de sentença encontrava-se de certa forma “equivocada”, pois remetia ao ato decisório que colocava fim ao 1º grau de jurisdição, como se verificava do artigo 162, §1º, *in verbis*:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

---

<sup>12</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cabimento de embargos infringentes contra a decisão de mérito não unânime proferida no agravo de instrumento. São Paulo: Pareceres, v. 2, p. 359-390, outubro 2012

Com as alterações da Lei 11.232 de 2005, o supracitado §1º passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

Eram exatamente os artigos 267 e 269 do revogado Código de Processo Civil de 1973 que traziam os conteúdos materiais de uma sentença.

Com essa alteração, portanto, definiu-se por meio de seu conteúdo o que seria uma sentença, afastando qualquer forma de classificação com base em elementos externos ou até mesmo com base em seus possíveis efeitos.

Ou seja, sentença seria todo aquele pronunciamento judicial que contivesse os preceitos dos artigos 267 e/ou 269.

Impende salientar, apenas, que a despeito desse entendimento ter sido positivado pelas alterações de 2005, posições divergentes a essa novidade na definição do conceito de sentença eram notórias, como se pode conferir da lição de Cândido Rangel Dinamarco<sup>13</sup>, *in verbis*:

É porém absolutamente contrária ao sistema a cisão consistente em apreciar uma das questões postas no processo, sem decidir sobre a procedência ou improcedência da demanda ou mesmo pela denegação do julgamento do mérito. Todas as questões relacionadas com o mérito devem ser julgadas em um ato só, como emerge do comando contido no art. 459 do Código de Processo Civil. É na sentença que o juiz acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor (art. 459). Essa prática transgride também o disposto no art. 458, inc. II, do Código de Processo Civil, segundo o qual é na motivação da sentença que o juiz deve examinar as questões relativas ao *meritum causae* (supra, nn. 1.223-1.224). Tal é o princípio da unidade estrutural da sentença, que só pode ser contrariado quando uma específica norma de direito o autorizar (Liebman)

E é nesse cenário que surgiu o impasse envolvendo um princípio base da estrutura recursal do nosso processo civil: a correspondência entre a decisão judicial e o seu respectivo recurso.

Qual seria o recurso cabível contra uma decisão que indeferiu liminarmente uma reconvenção, uma oposição, ou outra ação incidental?

---

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 3, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 700-701

O questionamento surgiu exatamente porque tais decisões eram agraváveis, embora tivessem um conteúdo, uma natureza jurídica, de sentença.

Em outras palavras, não havia a necessária correspondência entre a decisão judicial e seu recurso.

Ora, a decisão possuía, em seu bojo, o conteúdo dos artigos 267 ou 269, tornando-a uma sentença, mas ainda assim seu recurso seria um agravo de instrumento, não uma apelação, como determinava o Diploma Processual.

A explicação que se encontrava, à época, era a necessidade de o feito ter continuidade perante o juízo de primeiro grau para que o juiz apreciasse os pedidos ainda não julgados.

Daí se tira que a interposição de agravo de instrumento contra uma decisão proferida nos termos dos artigos 267 ou 269 não torna essa uma interlocutória, uma vez que, apenas por razões de “facilidade procedimental” é que o recurso escolhido foi o de agravo de instrumento.

Isso repercutiu não só nos aspectos procedimentais do próprio agravo manejado, mas também nos meios de impugnação do acórdão nele proferido.

O Ministro Hélio Quaglia Barbosa, relator do acórdão proferido por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº. 645.388/MS perante a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 02 de abril de 2007, deixou consignado no aresto o seguinte, *in verbis*:

Ora, ainda que observadas as alterações produzidas no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232/2005, máxime a redação dada ao 1º do artigo 162, percebe-se que o legislador manteve a referência às decisões extintivas do processo, com ou sem a resolução do mérito. Todavia, o que se verifica na espécie, como fartamente destacado, é a continuidade do feito; daí, porque, o manejo do recurso de apelação, ao invés do agravo, não autoriza a aplicação da fungibilidade recursal, uma vez consubstanciado erro grosseiro.

Afinal, em sede de apelação, deveras complexa, há possibilidade de sustentação oral, presença de um revisor e diversas outras medidas que inexistem nos procedimentos de um agravo de instrumento, ainda que se esteja tratando da mesma matéria (artigos 267 ou 269), repita-se.

O descompasso que o revogado *codex* processual produzia em relação ao agravo e à apelação ficava ainda mais evidente com as reformas processuais que introduziram diversas situações em que o magistrado proferia decisões com conteúdo de sentença, mas que não eram apeláveis.

Um exemplo marcante dessa contradição eram as decisões que julgavam a impugnação ao cumprimento de sentença (execução de título judicial).

O próprio artigo 475-M, §3º, trazia a possibilidade de decisões recorríveis via apelação e outras recorríveis por meio de agravo, nada obstante estas últimas decisões fossem proferidas nos termos do artigo 269 (portanto apeláveis).

E, como já afirmado, esse desarranjo processual surtia efeitos procedimentais, já que, por diversas vezes, elementos pertinentes à apelação eram incorporados ao procedimento do agravo de instrumento.

E dentro desses elementos estava, por exemplo, a sustentação oral no agravo que versava sobre o mérito da lide, a possibilidade de manejo de ação rescisória contra acórdão com conteúdo de sentença proferido em sede de agravo de instrumento e, finalmente, a possibilidade de oposição de Embargos Infringentes.

Bastava que uma análise fosse feita: qual era o conteúdo da decisão.

A redação do artigo 530 fazia menção apenas à apelação e à ação rescisória porque eram recursos que se voltavam para a impugnação de uma decisão que analisou o mérito. Se uma chamada “decisão interlocutória” adentrou ao mérito, a oposição dos Embargos Infringentes está autorizada.

Essa é, novamente, a conclusão de Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>14</sup>, *in verbis*:

Também no caso do art. 530 do CPC (LGL\1973\5), assim, está-se diante de regra processual que deve ser interpretada sistemática e teleologicamente, a fim de se admitir o manejo de tal recurso não só contra acórdãos-sentença proferidos em julgamentos de apelação, mas, também, quando tais decisões são prolatadas em sede de agravo de instrumento. (...)

Nesse sentido é o entendimento consolidado na Súmula 255 do STJ, segundo a qual “cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria,

---

<sup>14</sup> Idem.

em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”. Incide a mesma orientação, *mutatis mutandis*, em relação ao acórdão proferido por ocasião de julgamento de agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão recorrida.

Felizmente essa posição prevaleceu perante os Tribunais Superiores.

A propósito, a Corte Especial do egrégio Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão, publicado em 12 de fevereiro de 2007, nos autos do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 823.307/SC, relatado pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, em que restou expressamente consignado que “na decisão majoritária, proferida em agravo de instrumento, são cabíveis os embargos infringentes quando nele for decidido o mérito”.

O que se concluiu, portanto, quanto à possibilidade de oposição de Embargos Infringentes contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento é que, em primeiro lugar, deve-se dar um passo atrás e analisar o conteúdo da decisão agravada, para que então se conclua pela possibilidade ou não de oposição do recurso.

Apenas à guisa de conclusão, o legislador do vigente Código de Processo Civil de 2015 esteve atento a essa discussão e à solução proposta e aplicada no âmbito dos Tribunais, solucionando o tema ao incluir o artigo 942, §3º, inciso II, *in verbis*:

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: (...)

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

### **3.3 A matéria de ordem pública nos Embargos Infringentes**

A parte final do artigo 530, tanto antes quanto após a reforma efetivada pela Lei 10.352 de 2001, dizia que “se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Pois bem.

Discussões surgiram acerca desse “efeito devolutivo restrito” quando cotejado a uma eventual nulidade absoluta (portanto questão de ordem pública) suscitada exatamente nos Embargos Infringentes.

Seria vedado o conhecimento da nulidade porque operada a preclusão ou seria essa uma hipótese de extensão do escopo de abrangência dos Embargos Infringentes?

O que a prática demonstrou, até mesmo à luz de outros dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, é que é possível ultrapassar a matéria objeto dos Embargos Infringentes para que o órgão julgador aprecie matérias de ordem pública.

Com efeito, para extrapolar a matéria divergente veiculada no recurso para alcançar matéria de ordem pública, o Tribunal não estará (nem a parte estaria) limitado pelos efeitos da preclusão.

Isso porque os comandos dos artigos 245, § único e 267, §3º, do Código revogado eram claros, *in verbis*:

Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Ou seja, o Tribunal sempre esteve autorizado a analisar, de ofício ou a qualquer tempo, matéria de ordem pública, não se submetendo aos efeitos da preclusão por expressa disposição legal.

Decorre disso que o julgador não estará ultrapassando o “efeito devolutivo restrito” dos Embargos Infringentes, exatamente porque a matéria de ordem pública é analisada anteriormente à matéria divergente veiculada no recurso.

O remate de Luiz Rodrigues Wambier<sup>15</sup> é preciso, *in verbis*:

É forçoso concluir, então, que ao reconhecer matéria de ordem pública, que determine a nulidade do processo, o órgão julgador a que caiba o conhecimento dos embargos infringentes não estará passando dos limites que lhe são impostos pelo comando legislativo contido no art. 530 do CPC.

Mas como relembra o jurista paranaense, ainda em seu texto, “nem de longe, todavia, parece [a matéria de ordem pública] tratar-se de um meio de alargamento da via de acesso aos embargos infringentes”, uma vez que, com todas as discussões, os Embargos Infringentes possuem o “efeito devolutivo restrito”.

É digna de nota, para finalizar, mais uma assertiva de Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>16</sup> sobre o tema, *in verbis*:

a estreiteza do efeito devolutivo dos embargos infringentes, decorrente de seu objetivo e da especificidade de suas hipóteses de cabimento, não é suficiente para impedir que a parte levante e mesmo que o órgão "ad quem" conheça, sem provocação, de nulidades processuais absolutas

Essa questão restou devidamente superada pela própria prática dos operadores do Direito, sequer merecendo menção expressa no novel artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015.

### **3.4 A necessidade de declaração do voto divergente para fins de oposição dos Embargos Infringentes**

Outra polêmica que surgiu a partir da redação do artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973, mas sanada no Código vigente, é a necessidade de declaração do voto divergente no acórdão julgado por maioria.

Não se pretende aqui debater se a ausência do voto divergente constitui omissão ou erro material a ensejar a oposição de embargos de declaração, mas tão somente a sua finalidade para autorizar a oposição dos Embargos Infringentes.

---

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. São Paulo: Revista de Processo: RePro, v. 67, p. 26-39, setembro 1992

<sup>16</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença, 8.ª ed., 2017, p. 165.

Nesta senda, o que é relevante salientar para buscar a solução da questão chega a parecer óbvio: o que autorizava a oposição do recurso é o resultado do voto divergente, mas não sua fundamentação. Em outras palavras, o que importa é a divergência e não suas razões.

Isso porque, constatada a divergência, o embargante pode valer-se das razões que melhor lhe aprouver para fazer valer o voto divergente, não ficando adstrito à fundamentação do voto vencido.

Da mesma forma, o órgão julgador pode se valer de novas fundamentações que não as esposadas no acórdão para modificar ou manter o julgado.

Daí porque a declaração do voto vencido, com relatório e fundamentação, é dispensável para fins de oposição de Embargos Infringentes. Afinal, basta a constatação da divergência.

Confira-se, por oportuno, o raciocínio de Nelson Nery Junior<sup>17</sup>, *in verbis*:

Por isso que a ausência da *declaração por escrito da fundamentação* do voto vencido no inteiro teor do acórdão não implica qualquer óbice para que a parte interessada possa manejar o recurso de embargos infringentes, posto que não fica presa à fundamentação e, sim, apenas e tão somente, à *extensão* da divergência (cognoscível a partir da *conclusão* dos votos).

Em outra oportunidade, Nelson Nery Junior<sup>18</sup> voltou a tratar do tema, sintetizando o entendimento vigente, *in verbis*:

Evidentemente que a divergência se apura pela *conclusão* do voto vencido e não por sua fundamentação, de modo que é a *parte dispositiva* do voto vencido que dá o parâmetro para a caracterização da divergência ensejadora do cabimento do recurso. A fundamentação de que se utilizou o voto vencido não é importante para determinar-se a extensão da parte dispositiva do mesmo voto. Impende notar que tanto o embargante quanto o tribunal não ficam adstritos à fundamentação do voto vencido, podendo acrescer-lhe outros que não foram ventilados.

Há que se observar apenas a total omissão no acórdão quanto ao voto vencido, a ponto de não permitir delimitar a extensão da divergência.

---

<sup>17</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Embargos infringentes – Declaração do voto vencido. São Paulo: Soluções Práticas de Direito, v. 10/2014, p. 257-296, setembro 2014

<sup>18</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Embargos infringentes – Requisitos para cabimento dos embargos infringentes. São Paulo: Soluções Práticas de Direito, v. 10/2014, p. 257-296, setembro 2014

Nesse caso, está o embargante autorizado a opor embargos de declaração para sanar essa omissão. Do contrário, ou seja, persistindo a omissão, entende-se que a divergência é total, possuindo os futuros Embargos Infringentes extensão máxima, podendo buscar a prevalência de todos os pontos supostamente divergentes.

Por isso que, novamente, a falta de clareza do julgado quanto à divergência ou até mesmo sua completa omissão não constituía óbice à oposição de Embargos Infringentes.

Essa foi, até a revogação do Diploma Processual de 1973, posição pacífica nos Tribunais Superiores.

A mero título ilustrativo, confira-se trecho extraído do aresto proferido pela 1ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça na data de 24 de novembro de 2009, em julgamento ao Recurso Especial nº. 788.335/RS, que contou com a relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

Isto porque, esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que, em não tendo sido revelados os fundamentos do voto minoritário, muito embora a parte interessada possa provocar a sua juntada manejando embargos de declaração com esta finalidade, a sua ausência não acarreta a inadmissibilidade dos embargos infringentes haja vista que, nestes casos, em não sendo possível identificar a extensão da divergência, serão os embargos admitidos por desacordo total tomando-se por base as conclusões dos votos vencido e vencedor.

O Código de Processo Civil de 2015 veio por resolver a dúvida e, em seu §3º do artigo 941, dispôs que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

### **3.5 Os Embargos Infringentes em sede de Mandado de Segurança**

Enquanto o Mandado de Segurança era regido pela Lei nº. 1.533/1951, a possibilidade de oposição de Embargos Infringentes que desafiava acórdão não unânime em sede de Mandado de Segurança foi um dos temas de maior conflito entre doutrina e jurisprudência.

Enquanto o entendimento dominante da doutrina era pelo cabimento do recurso<sup>19</sup>, os Tribunais Superiores pacificaram entendimento contrário, ou seja, pela impossibilidade de oposição dos Embargos Infringentes.

O início da celeuma, como apontou descritivamente Gisele Heloísa Cunha<sup>20</sup>, nos remete ao Código de Processo Civil de 1939, quando o seu artigo 833 abria a possibilidade de se impugnar decisão não-unânime em Mandado de Segurança, uma vez que o seu procedimento era regido pelo próprio Diploma Processual e não por lei esparsa.

Contudo, em 1951, foi editada a Lei nº. 1.533 e nela disciplinado o Mandado de Segurança. Ao regular a matéria, restou expressamente consignado que estavam revogadas todas as disposições do Código de Processo Civil então vigente (e, por via de consequência, o artigo 833).

Nesse momento surgiram as divergências entre autores e entre jurisprudência e doutrina.

Sem pretensão de esgotar a divergência da época, mas ilustrando a polaridade então existente, os que defendiam a impossibilidade de oposição do recurso apontavam que os recursos cabíveis eram apenas aqueles referidos na aludida lei, bem como que o Mandado de Segurança envolve direito individual, bastando que fosse denegado ou não o *writ*, em razão do interesse da coletividade<sup>21</sup>, posicionamento este adotado pelos Tribunais.

Nesse sentido foi editada a Súmula nº. 597 pelo Supremo Tribunal Federal (“Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”) e a Súmula 169 pelo Superior Tribunal de Justiça (“São inadmissíveis embargos infringentes em processo de mandado de segurança”).

---

<sup>19</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 919.

<sup>20</sup> CUNHA, Gisele Heloísa. Embargos Infringentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 101-02.

<sup>21</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos no código de processo civil. Curitiba. Editora Litero-Técnica. 1959

Por outro lado, os que defendiam a oposição dos Embargos Infringentes<sup>22</sup> sustentavam que a aplicação do Código de Processo Civil (nesta época já o de 1973) era subsidiária às ações regidas por leis especiais, não havendo qualquer incompatibilidade.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>23</sup> chegou a afirmar que, *in verbis*:

Atenta a aplicabilidade subsidiária das normas do Código aos procedimentos regidos por leis especiais, é fora de dúvida que em princípio cabem embargos contra acórdãos proferidos em tais feitos no julgamento não unânime da apelação. O cabimento só ficará excluído quando haja disposição expressa em contrário, ou quando repila claramente a sistemática da lei especial.

E de fato a hipótese de exceção descrita por Barbosa Moreira foi efetivada.

A Lei n.º. 12.016 de 2009, indo ao encontro da forte tendência presente no Projeto do Código de Processo Civil de 2015, inclinada a extirpar os Embargos Infringentes do sistema processual, acatou a tese dos Tribunais Superiores e pôs fim à polêmica.

A nova Lei do Mandado de Segurança preconizou, em seu artigo 25, que “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”.

Se percebe, assim, que, apesar da Lei do Mandado de Segurança ter eliminado os Embargos Infringentes de seus procedimentos, tal qual o novo Código de Processo Civil fez anos depois, o Diploma Processual criou o dispositivo previsto no artigo 942 para prestigiar o voto divergente, algo que, aparentemente (ou convenientemente), ficou silente na Lei n.º. 12.016 de 2009.

Os problemas daí advindos ainda estarão por vir, mas a sensação inicial é que será sim cabível a técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 no procedimento do Mandado de Segurança.

É o que conclui Cassio Scarpinella<sup>24</sup> Bueno, *in verbis*:

---

<sup>22</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.039.

<sup>23</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao código de processo civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5, p. 522-23.

Questão interessantíssima está em saber se aquela disposição alcança o mandado de segurança. A resposta parece ser positiva, porque trata-se de regra que busca o aperfeiçoamento do resultado da segunda instância recursal, última competente a reanalisar os fatos subjacentes à impetração, isto é, à existência, ou não, do “direito líquido e certo”, seja na perspectiva processual como na perspectiva substancial. A solução é tão mais importante na medida em que valoriza também os julgados dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

E, de fato, já é possível encontrar alguns julgados tirados de Mandados de Segurança em que a técnica do artigo 942 foi aplicada, a teor do acórdão proferido no julgamento da Apelação nº 0018456-82.2013.8.26.0053 proferido pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em 17 de abril de 2017, relatado pelo Desembargador Evaristo dos Santos.

### **3.6 Os Embargos Infringentes opostos nos Embargos de Declaração acolhidos por maioria de votos**

Outra questão sensível na sistemática do *codex* Processual revogado, que pode até mesmo surtir efeito e ser aplicada na técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 é a hipótese de serem opostos Embargos de Declaração em face de acórdão que julgou apelação ou ação rescisória, os quais tenham sido acolhidos com divergência na votação.

Nesse caso, é certo que o julgamento dos Embargos de Declaração passa a integrar o acórdão da apelação ou da ação rescisória, de maneira que, satisfeitos os pressupostos de admissibilidade dos Embargos Infringentes, estes poderão ser opostos.

Exemplificando a questão, caso a omissão de algum dos pedidos tenha sido suprida ao serem acolhidos os Embargos de Declaração, o órgão julgador obviamente irá apreciar a questão omissa, podendo então surgir uma divergência pela votação sobre o ponto que nenhum dos componentes tenha apreciado ou pela modificação de algum voto causado pelo suprimento da omissão.

---

<sup>24</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. In *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, vol. 1. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 209-210.

E a partir dessa divergência, originada da oposição de Embargos de Declaração é que se autoriza a oposição de Embargos Infringentes, tendo em vista que o julgamento daqueles foram incorporados no *decisum* e afetaram o mérito da demanda.

Note que para ser possível a oposição de Embargos Infringentes é imprescindível que o mérito tenha sido atingido pelo suprimento da omissão, esclarecimento da obscuridade ou eliminação da contradição.

Do contrário, caso os Embargos de Declaração tenham versado sobre questão que não estava afeta ao acórdão da apelação ou da rescisória, não há que se falar em possibilidade de se opor Embargos Infringentes.

Mais uma vez José Carlos Barbosa Moreira<sup>25</sup> é pontual em seu conclusivo raciocínio, *in verbis*:

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

Uma hipótese casuística que bem reflete o acolhimento ao entendimento supra esposado é o acórdão proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento ao Recurso Especial nº. 1.286.745/RJ na data de 31 de março de 2014, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, *in verbis*:

[...] para possibilitar a interposição do recurso de embargos infringentes há necessidade de ocorrer divergência de votos no acórdão de embargos de declaração, bem como reforma da sentença de mérito, justamente para atender aos requisitos de cabimento constantes do CPC/1973 530.

### **3.7 A possibilidade de oposição de Embargos Infringentes quanto à parte relativa a honorários advocatícios**

---

<sup>25</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. São Paulo: Revista de Processo: RePro, v. 109, p. 113-126, março 2003

Com igual relevância foi a discussão acerca da possibilidade de se opor Embargos Infringentes para fazer valer o voto divergente em acórdão que reformou a parte da sentença referente exclusivamente aos honorários advocatícios sucumbenciais.

E a polêmica surgiu exatamente com as alterações introduzidas pela Lei 10.352 de 2001, que limitou o cabimento dos Embargos Infringentes às decisões reformadas unicamente de mérito.

Passou-se a discutir, então, se o tema pertinente aos honorários advocatícios numa demanda constituiria matéria de mérito ou questão meramente acessória.

Nesse cenário, é importante rememorar que os honorários sucumbenciais, tal como os juros legais, as despesas processuais, as prestações periódicas e a multa cominatória são considerados, por lei, os únicos pedidos implícitos aos quais o magistrado deve apreciar em sua sentença.

E o pedido, como cediço, é o verdadeiro núcleo, a síntese do mérito, ou seja, da pretensão da parte, daquilo que ela quer ver efetivado ao final da demanda.

A condenação da parte adversa em honorários sucumbenciais, portanto, é tema absolutamente inerente ao mérito, pois presente em qualquer demanda judicial, possuindo, inclusive, caráter dúplice.

Afinal, vencedor o autor da demanda, automaticamente o réu deverá responder pelos honorários advocatícios. Na hipótese inversa, sucumbente o autor e vencedor o réu, aquele será devedor da verba honorária.

Outra evidência de que a sucumbência se trata de matéria de mérito é o fato de ela ser dependente da decisão judicial. Disso decorre que, interposta a apelação, mesmo que não impugnada a questão dos honorários, sua respectiva condenação variará conforme a modificação decidida pelo Tribunal.

Em outras palavras, modificada a sentença em segundo grau, os honorários advocatícios sucumbenciais também serão invertidos, mesmo que não expressamente constantes das razões recursais, por manifesta consequência legal.

Outrossim, salutar perceber que os honorários advocatícios são fixados inclusive na hipótese de sentença terminativa, ou seja, naquela em que não se apreciou o mérito.

Nesse caso, a sentença terá um capítulo referente à matéria processual que ensejou a extinção da demanda e outro relativo ao mérito, abordando exatamente os honorários advocatícios.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>26</sup> é didático ao ilustrar a verba sucumbencial como matéria de mérito, *in verbis*:

[o] capítulo referente ao custo financeiro do processo, que deve estar presente em toda sentença e guarda, com os capítulos extintivos, relação de heterogeneidade (porque a decisão sobre o custo do processo é de mérito - mérito secundário, acessório, mas mérito). (...), se alguma preliminar fosse acolhida não haveria capítulo algum de mérito - a não ser o relativo aos encargos da sucumbência.

E Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>27</sup> remata o tema com precisão, *in verbis*:

Tudo isso está a demonstrar, portanto, que cabem embargos infringentes contra a parte do acórdão que, por maioria de votos, altera a fixação dos honorários do advogado. Não se questiona que o capítulo do acórdão que versa sobre embargos infringentes seja ou não acessório. É, não restam dúvidas, acessório. Embora seja acessório, trata-se de um capítulo de mérito. E, sendo de mérito, cabem embargos infringentes, independentemente de constituir um trecho principal ou acessório do julgado; o que importa é que é de mérito.

Contudo, essa questão não passou sem controvérsia perante os Tribunais Superiores.

Para retratar essa divergência, confira-se, primeiramente, a ementa do aresto favorável ao cabimento dos Embargos Infringentes prolatado, em 07 de maio de 2007, pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento ao Recurso Especial nº. 904.842/RS, relatado pelo Ministro Humberto Martins, *in verbis*:

1. Restringe-se a controvérsia acerca do cabimento dos embargos infringentes contra julgamento de apelação que, por maioria, modificou sentença, tão-somente, quanto ao pagamento de honorários.
2. A divergência que deu origem aos embargos infringentes não tratou da questão principal, mas foi relativa à matéria acessória, qual seja,

---

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 19, p. 52 e n. 35, p. 80.

<sup>27</sup> CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Embargos infringentes contra parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios. São Paulo: Revista de Processo: RePro, v. 154, p. 156-162, dezembro 2007

possibilidade de condenação do Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública.

3. Os embargos infringentes são cabíveis ante a interpretação de que o art. 530 do CPC não faz referência expressa em relação ao cabimento destes apenas quanto à matéria principal da lide, sendo, pois, perfeitamente lícito concluir que poderão versar sobre questões acessórias.

Em sentido contrário, o *decisum* proferido, em 12 de abril de 2007, pela 1ª Turma do Superior Pretório em julgamento ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 798.313/PE, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, o qual seguiu precedente da Corte Especial<sup>28</sup>, *in verbis*:

A Corte Especial assentou entendimento segundo o qual, para efeito de cabimento de embargos infringentes (art. 530 do CPC), considera-se como sendo de mérito apenas a parte da sentença que trata da matéria principal da demanda, não a que diz respeito a matéria acessória, como é a sucumbência (AgRg nos EREsp 825.166-SC, Corte Especial, Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 11.12.2006)

A despeito da divergência, acredita-se que a polêmica tenha sido sanada pelo atual artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, dada a sua redação abrangente que enseja o julgamento estendido com a mera ausência de unanimidade entre os julgadores, sendo irrelevante a matéria tratar-se de mérito ou não (na hipótese de apelação).

### **3.8 Conclusões acerca das problemáticas do recurso no Código de Processo Civil de 1973**

O que se pôde notar das polêmicas abordadas nos tópicos anteriores é que a tentativa do legislador em limitar, de maneira rasa, o escopo de abrangência das hipóteses de admissibilidade de um recurso acaba por trazer novos problemas, surgidos também pela tentativa dos operadores do Direito em driblar a limitação imposta na busca por uma decisão mais justa e completa.

---

<sup>28</sup> Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, AgRg nos EREsp 825.166-SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – 12/04/2007.

Como vimos, a redação original do artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973 era mais abrangente, trazendo poucas dúvidas a respeito do cabimento dos Embargos Infringentes e de sua respectiva tramitação.

Com as alterações efetivadas pela Lei 10.352 de 2001, ou seja, com a tentativa do legislador em reduzir a atividade judicante por meio de simples limitação à admissibilidade recursal, inúmeras questões e incongruências surgiram, sejam de ordem doutrinária ou de ordem prática.

Afinal, questões como a natureza jurídica de uma decisão interlocutória, que seria na verdade uma sentença em razão de seu conteúdo, ou a possibilidade de apreciação de matéria de ordem pública nos Embargos Infringentes, foram temas que geraram importantes discussões teóricas que refletiram inclusive na redação do Diploma Processual vigente.

Isso porque, já naquela época, as diretrizes determinadas pela Lei 10.352 de 2001, em muitos pontos, não se comunicava com a reforma processual realizada poucos anos depois pela Lei 11.232 de 2005, como foi o caso da natureza das decisões interlocutórias com conteúdo de sentença, como abordado anteriormente (ressalvado aqui os entendimentos contrários).

De igual maneira, surgiram dificuldades de ordem prática, como a necessidade de declaração de voto e a possibilidade ou não de sustentação oral em sessão de julgamento que apreciava agravo de instrumento interposto em face de uma daquelas decisões com característica de sentença.

Diante disso, é possível afirmar que a sistemática dos Embargos Infringentes no Código de Processo Civil de 1973 refletiu o formalismo exagerado que vigia à época, ainda que o espírito processual sempre tenha sido o oposto.

A busca pelo alívio ao assoberbamento do Poder Judiciário, por outras vias que não aquelas resultantes da atividade diária dos magistrados e dos advogados, gera tão somente problemas que são solucionados ou pela consolidação da jurisprudência ou por nova reforma processual.

Essa última hipótese é o que se analisará na sequência.

## 4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A TÉCNICA DE JULGAMENTO INTRODUZIDA PELO SEU NOVEL ARTIGO 942

### 4.1 Ponderações preliminares

Como já esposado em linhas anteriores, o artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973, reformado pela Lei 10.352 de 2001, deu lugar, ainda que de modo indireto, ao artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015.

Com essa substituição, os Embargos Infringentes foram suprimidos do sistema processual, cedendo espaço à técnica de julgamento estabelecida pelo novo *codex* Processual.

Pontue-se que, até os últimos momentos antes da votação do novo Código de Processo Civil na Sessão Plenária do Senado, em dezembro de 2014, houve intensa discussão sobre a manutenção ou não dos Embargos Infringentes.

A solução preconizada no artigo 942 foi uma das contribuições do Substitutivo dos Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentado à Câmara dos Deputados no momento em que o Projeto do Senado chegou naquela Casa Legislativa.<sup>29</sup>

Como se percebe, então, prevaleceu a corrente que batia pela supressão do recurso, mas com as devidas observações e atenções às razões que apoiavam a manutenção do recurso.

Dentre essas razões, pode-se elencar o fato dos Embargos Infringentes não gerarem excessiva morosidade processual; o asoberbamento do Poder Judiciário não é causado pela incidência elevada desse recurso, quando comparado aos demais e; a taxa de provimento dos Embargos Infringentes é elevada, apontando sua importância para o sistema processual no aperfeiçoamento das decisões.

Atento a todos os argumentos dos mais variados posicionamentos, o legislador estabeleceu no artigo 942 uma técnica de julgamento que, em face de uma decisão não-

---

<sup>29</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado, 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 846.

unânime, impõe a continuidade da sessão de julgamento com a convocação de novos magistrados em número suficiente para permitir a inversão da decisão inicial.

A *mens legis* por trás da redação do precitado artigo aponta a busca pela garantia à parte do seu direito de fazer prevalecer o voto divergente mediante a ampliação da turma julgadora, prestigiando ainda a celeridade processual com a supressão de um recurso e todo seu procedimento.

Vale ressaltar que, constatada a não unanimidade em sede de apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento (consideradas as devidas peculiaridades – adiante analisadas) e dado início a essa técnica de julgamento, o julgamento em nenhum momento se conclui, prosseguindo-se na mesma ou na sessão seguinte, com a ampliação do *quorum* e colheita dos novos componentes do órgão colegiado, sempre de maneira a permitir a inversão da decisão original.<sup>30</sup>

O objetivo dessa nova sistemática é exatamente a simplificação dos atos processuais, tendo em vista que, no caso, basta a constatação da divergência para autorizar a ampliação da turma julgadora, tornando desnecessária a interposição de um recurso, seu juízo de admissibilidade, o prazo para contrarrazões e todos os demais atos daí decorrentes.

Outra vantagem que o artigo 942 trouxe em relação ao seu predecessor do revogado Código é a possibilidade de ampliação das hipóteses de cabimento do julgamento estendido, tendo em vista que essa técnica de julgamento é agora aplicável em qualquer julgamento de apelação (obviamente desde que não-unânime), bem como em hipótese de agravo de instrumento.

Está expressamente previsto, também no *caput*, que será “assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores”, eliminando eventual quanto ao trâmite no julgamento estendido sobre apelação ou agravo.

Feita essa breve introdução, com a perfunctória análise dos pontos positivos dessa inovação do novo Código de Processo Civil de 2015, é importante abordar as principais mudanças introduzidas pelo artigo 942, ou seja, aquelas que surtirão efeito prático, bem como os possíveis problemas daí advindos.

---

<sup>30</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1ª ed., 2015, p. 1.341 - 1.342.

## 4.2 Questões procedimentais – §§1º e 2º do artigo 942

Além das disposições do *caput*, apresentadas no tópico anterior, o §1º do artigo 942 dispõe que, caso possível, a técnica de julgamento será aplicada na mesma sessão, colhendo-se os votos dos demais magistrados componentes do órgão julgador.

O §2º, por seu turno, fazendo valer a idéia de que o julgamento não se encerra quando incidente o artigo 942, preconiza que é dado aos julgadores modificarem seus votos enquanto durar o julgamento.

Ainda que o §2º pareça uma assertiva óbvia, retornaremos a ele oportunamente, haja vista sua íntima pertinência ao tema central desse estudo.

No mais, a redação do artigo 942 não deixa claro qual o número exato de julgadores a serem acrescentados para efetivar a técnica de julgamento, preferindo uma abordagem mais genérica ao determinar que deva ser “em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial”, o que fica a critério dos “termos previamente definidos no regimento interno” de cada Tribunal.

A única observação que deve ser feita a essa sistemática é que não pode haver um número par de magistrados, o que poderia, eventualmente, eternizar injustificadamente a demanda com a possibilidade de um empate e necessidade de nova convocação de julgadores.

Interessante notar, aqui, que em alguns Tribunais as sessões de julgamento iniciam-se exatamente com quatro magistrados. Na hipótese de haver divergência entre três dos quatro componentes, o quarto magistrado proferiria seu voto e, caso ele “empatasse” a votação, aí então a sessão seria suspensa para convocação do quinto julgador. Obviamente, se o quarto magistrado aderisse à maioria, desnecessária seria a suspensão da sessão.

Entretanto, como bem observa Alexandre Freitas Câmara<sup>31</sup>, esse procedimento não poderá ser adotado para o julgamento estendido, tendo em vista que o *caput* do artigo 942 é

---

<sup>31</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 440-441.

expresso em exigir que, para a continuidade do julgamento na mesma sessão, a turma julgadora esteja “em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial”.

No exemplo descrito acima, uma sessão que comece com quatro magistrados não possui número suficiente para viabilizar a inversão do resultado inicial, de maneira que ou bem o quarto julgador não votará na sessão ou bem o regimento interno passará a prever que a sessão começará com pelo menos cinco Desembargadores.

O que é certo é que, nesse Tribunal, “não será possível prosseguir o julgamento apenas com o acréscimo de mais um magistrado, sob pena de contrariar-se o expresso comando do texto normativo”.<sup>32</sup>

Retornando ao procedimento afeito à nova técnica processual, a nova convocação de magistrados, em atenção às diretrizes mínimas do artigo 942, será feita de acordo com uma das três possibilidades: 1) nova sessão será designada, nos termos do regimento interno de cada Tribunal; 2) será realizada na mesma sessão, desde que estejam presentes um número suficiente de Desembargadores a possibilitar a reversão da decisão original e; 3) em caso de ação rescisória, será designada nova sessão no “órgão de maior composição previsto no regimento interno” (§3º, I).

Pode haver casos, ainda, que o órgão julgador não atinja o mínimo de cinco magistrados, situação em que serão convocados Desembargadores de outros órgãos internos, o que poderá ensejar, inclusive, uma reestruturação do respectivo Tribunal.

Essas as principais observações de ordem procedimental introduzida pelo novel artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015.

E como qualquer análise feita nesse momento é precoce, dada a recentíssima reforma processual, Julio Cesar Goulart Lanes<sup>33</sup> obtempera acerca desses procedimentos cotejados à atuação dos magistrados, *in verbis*:

---

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais 2017, p. 2.341 – 2.342.

Exclusivamente nos particulares procedimentais aqui trabalhados, nota-se o descortinar de uma tramitação que, já que imposta, pode superar a morosidade da antiga tramitação dos embargos infringentes. A fruição dessa possibilidade dependerá em grande medida da incorporação da idéia de que os membros do tribunal devem trabalhar de modo proativo e sintonizado, incrementando em tudo que possível o modelo de processo cooperativo, fortemente reconhecido na nova codificação processual brasileira. Com outras palavras e para frisar: os desembargadores também devem colaborar entre si, concorrendo para se obter, com eficácia e tempestividade, o ambicionado alcance da decisão justa.

#### **4.3 O julgamento estendido na ação rescisória e no agravo de instrumento - §3º do artigo 942**

Como também já adiantado anteriormente, a nova técnica de julgamento, substituta dos antigos Embargos Infringentes, possui um escopo de aplicabilidade maior que do superado instituto.

Isso se deve, além da construção doutrinária e jurisprudencial já minuciosamente analisada, à redação do §3º do artigo 942 do Código de Processo Civil.

O aludido dispositivo prevê que o julgamento estendido descrito no *caput* será aplicável às ações rescisórias e, igualmente, ao agravo de instrumento, quando seu respectivo acórdão houver reformado decisão que julgar parcialmente o mérito.

Na prática, não haverá grande mudança, porquanto, como já esposado, os Tribunais vinham acatando a oposição de Embargos Infringentes em sede de agravo de instrumento quando este desafiasse decisão com conteúdo de sentença.

Contudo, a principal diferença entre o extinto artigo 530 e a atual redação está exatamente no espectro de incidência do julgamento estendido.

Enquanto a apelação, hoje, exige divergência simples (tal como era a redação original do artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973), pouco importando se a sentença foi terminativa ou não, anteriormente se exigia uma sentença de mérito para autorizar a oposição de Embargos Infringentes.

E a exigência de uma decisão de mérito aparece agora para autorizar o julgamento estendido na hipótese de agravo de instrumento, essa sim como era anteriormente e comunicando-se inclusive com o artigo 1.015, inciso II, do Código vigente.

Para as ações rescisórias, há também uma exigência mais complexa, tal como é o caso do agravo de instrumento e diferentemente da apelação.

Só será prorrogado o julgamento numa rescisória em que o resultado, não-unânime, rescindir a sentença, ou seja, julgar procedente o pedido rescisório.

O “saldo”, portanto, do espectro de admissibilidade o artigo 942 é que, nas apelações, o julgamento estendido será largamente utilizado, já que basta a divergência entre os magistrados. Por outro lado, a prorrogação do julgamento será mais dificilmente aplicada nos agravos de instrumento e nas ações rescisórias, dada a exigência mais específica a autorizar a incidência da técnica de julgamento.

Esse “saldo” foi duramente criticado por Elpídio Donizetti<sup>34</sup>, *in verbis*:

Os embargos infringentes eram apresentados como o bode que travava a celeridade, o que não correspondia à verdade. Como se vê, o dilargado espectro dessa tal (a)técnica de julgamento derramou sobre o bode uma substância malcheirosa, esta sim capaz de atravancar o julgamento nos órgãos colegiados. De minha parte, não faltou alerta. Mas, se podemos complicar, para que simplificar? Creio que a doutrina e a jurisprudência vão tentar reduzir o campo de incidência dessa prorrogação para aqueles casos de julgamento de apelação que, por maioria de votos, reforma a sentença de mérito. Mas isso não é o que diz a lei. Quisesse o legislador restringir a hipótese de cabimento da prorrogação do julgamento na apelação, teria procedido como no agravo de instrumento e na ação rescisória (para essas espécies recursais a incidência de prorrogação é bem mais restrita).

De fato, a larga abrangência foi na contramão da reforma processual de 2001, que restringiu a aplicabilidade dos Embargos Infringentes. Aguardemos os rumos que serão tomados pela doutrina e pelos Tribunais nos anos vindouros acerca da aplicabilidade da prorrogação do julgamento.

---

<sup>34</sup> DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 780-783

#### 4.4 Hipóteses de não aplicação nova técnica de julgamento - §4º do artigo 942

Existem, na redação do artigo 942, hipóteses expressas em que é incabível a prorrogação do julgamento, uma novidade em relação a todas as disposições pretéritas acerca dos Embargos Infringentes.

O §4º do supracitado artigo cuidou de vedar a aplicação do julgamento estendido no julgamento de incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas (inciso I), no de remessa necessária (inciso II) e naqueles não-unânicos proferidos pelo plenário o corte especial (inciso III).

E cabe desde já colacionar a nova crítica tecida por Elpídio Donizetti<sup>35</sup>, com a qual ora se concorda, acerca da “preciosidade” do legislador em elencar um rol meramente exemplificativo para as hipóteses em que não se aplica o artigo 942, *in verbis*:

Segundo disposto no § 4º, não há prosseguimento de julgamento no incidente de assunção de competência, no incidente de resolução de demandas repetitivas e no reexame necessário. A meu ver, a prorrogação, por se tratar de técnica prevista em regra excepcional, só é viável nos casos expressamente estabelecidos no art. 942, ou seja, na apelação, no agravo de instrumento e na ação rescisória. Assim, desnecessária me afigura a disposição do § 4º.

E é possível depreender o “preciosismo” quando são analisadas as hipóteses arroladas pelo legislador.

Em primeiro lugar, é de certa forma lógico que não seja realizada a prorrogação do julgamento, ou seja, sessões suplementares, em procedimentos afeitos aos Tribunais, tal como é o incidente de assunção de competência e o de resolução de demandas repetitivas (inciso I), uma vez que não estaria presente a chamada “dupla conformidade”, ou seja, apenas um órgão julgador teria apreciado o tema.

Quanto à vedação ao cabimento da técnica de julgamento na remessa necessária (inciso II), ainda que o Código de Processo Civil tenha se quedado silente quanto à razão para

---

<sup>35</sup> Idem.

tanto, prestigiou-se o enunciado da Súmula 390 do Superior Tribunal de Justiça<sup>36</sup>, que agora se encontra devidamente legislado.

Entretanto, ainda sob a égide do Diploma Processual revogado, a Súmula 390 já era alvo de balizadas críticas, as quais serão devidamente abordadas adiante. O que se tem por certo, agora, é que a Súmula 390 perde sua validade, tendo em vista que não há mais Embargos Infringentes no sistema processual.

O não cabimento da prorrogação do julgamento em face de decisão não unânime proferida, nos Tribunais, pelo plenário ou corte especial (inciso III) justifica-se pela clara impossibilidade de se acrescentar um magistrado a um órgão em que a composição já é completa, sendo realmente impossível a ampliação.

Contudo, Cassio Scarpinella Bueno<sup>37</sup> chama a atenção para eventuais possibilidades de ampliação da corte ou do órgão especial, o que conflitaria com a disposição do inciso III do §3º do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

É compreensível que, no primeiro caso, não se aplique o instituto: não haveria, no Tribunal, *quorum* bastante para a modificação do julgado com o prevailecimento da minoria. Não, contudo, quando a maioria se formar em apelações, rescisórias ou agravos de instrumento porventura julgados pela corte ou órgão especial. É que, nestes casos, na medida das possibilidades numéricas dos integrantes de cada Tribunal é o seu Regimento Interno quem disporá sobre sua competência, o que é garantido pelo precitado art. 96, I, *a*, da CF. Assim, é plena a possibilidade de o Regimento Interno decidir diferentemente da vedação legal, sempre de acordo com as peculiaridades de cada Tribunal, dispondo, nos precisos ditames constitucionais, “sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Esses, em apertada síntese, os principais comentários sobre as alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à supressão dos Embargos Infringentes e criação da novel técnica de julgamento.

Vejamos agora algumas questões que podem ocorrer, nos tempos futuros, com a aplicação rotineira do instituto.

---

<sup>36</sup> Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes.

<sup>37</sup> *op. cit.*, p. 847.

#### 4.5 A natureza jurídica do artigo 942

De maneira breve, é importante conceituar a natureza jurídica do instituto preconizado no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, como bem observado por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer<sup>38</sup>, “na versão do art. 942 poderíamos aventar pelo menos três hipóteses: a) recurso (COSTA, 2014, p. 399); b) incidente (LAMY, 2014; COSTA, 2014, p. 377); c) técnica processual para ampliação do julgamento colegiado não unânime em apelação, agravo de instrumento e ação rescisória”.

A hipótese de recurso para o instituto resta afastada na medida em que não há voluntariedade e nem uma efetiva decisão atacada, pois o julgamento terá sequência automática com a mera constatação de não-unanimidade, ampliando-se, também de modo automático, o colegiado, antes mesmo da prolação de uma decisão.

E como atentam Cabral e Cramer<sup>39</sup>, “não sendo recurso, não há como aplicar, por consequência, os enunciados das Súmulas 281 do STF e 207 do STJ, que previam o esgotamento da instância”.

De igual forma, não há que se falar em incidente, porquanto esse enseja uma questão incidental no processo, de maneira que o voto divergente certamente não constitui matéria a ser tratada incidentalmente.

Conclui-se, dessa maneira, que a natureza jurídica do artigo 942 é sim de técnica de ampliação do julgamento, voltada a qualificar o *quorum* da votação nas hipóteses admitidas em sua redação.

#### 4.6 O potencial aumento da morosidade no trâmite dos processos nos Tribunais

---

<sup>38</sup> Comentários ao novo Código de Processo Civil / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.370.

<sup>39</sup> Idem, p. 1.371.

É certo que a alteração introduzida pelo artigo 942 visa, além de prestigiar o voto divergente, propiciar maior celeridade no procedimento voltado à busca da prevalência desse voto divergente.

Contudo, o aludido dispositivo pode produzir efeitos exatamente opostos aos que se pretende. Em outras palavras, a redação dada ao artigo 942 pode gerar o aumento da morosidade na tramitação dos processos no âmbito dos Tribunais.

Basta uma análise perfunctória do dispositivo para se concluir por essa possibilidade.

Afinal, após a reforma da Lei 10.352 de 2001, em caso de apelação, apenas os acórdãos que reformassem, por maioria de votos, sentença de mérito, é que se submetiam aos Embargos Infringentes. Ou seja, em hipóteses restritas é que se estaria perante o procedimento recursal.

Pela sistemática vigente, a simples ausência de unanimidade já enseja a suspensão do julgamento para ampliação do órgão colegiado. Isto é, o escopo de aplicabilidade dessa técnica de julgamento é infinitamente maior do que aquela prevista pela Lei 10.352 de 2001.

Considere, ainda, que o §3º do artigo 942 trouxe novas possibilidades de aplicação da técnica de julgamento para além da apelação e ação rescisória.

Isso reflete, inexoravelmente, numa maior atividade judicante dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça.

Nelson Nery Junior<sup>40</sup> fez coro a esse possível revés do legislador, *in verbis*:

Mas o trâmite dos processos em tribunais como um todo pode sair perdendo com essa medida. O RSCD partiu da premissa de que a incidência dos EI nos tribunais se dava em menor número entre os recursos efetivamente interpostos. Contudo, nem todos os julgamentos divergentes nos tribunais foram impugnados por EI. Note-se que *todos* os julgamentos de apelação com divergência deverão ser submetidos à sessão especial (sem falar nas hipóteses do §3º), porque a lei não faz distinção e nem exige provocação do órgão julgador. Talvez a prática mostre que o andamento dos processos como um todo seja prejudicado em razão da instauração dessa sessão especial, mas só a prática e a adaptabilidade dos tribunais poderão afirmar com certeza qual futuro se reserva à essa técnica de julgamento.

---

<sup>40</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.001 – 2.002.

José Manuel de Arruda Alvim Netto<sup>41</sup> foi lacônico ao analisar as consequências procedimentais em relação às alterações introduzidas pela nova técnica de julgamento: “A nossa impressão é a de que não foi uma boa solução”.

Tal como os notáveis juristas preconizaram, esse é um dos possíveis problemas que o artigo 942 pode reservar aos operadores de Direito, mas que só serão efetivamente ou eventualmente descortinados nos próximos tempos.

#### **4.7 A possibilidade de votações unânimes “forçadas”**

Um dos receios que a redação do artigo 942 traz, ao qual Júlio Cesar Goulart Lanes<sup>42</sup> diz ser “ingênuo são se temer”, é uma possível tendência dos julgadores em “forçarem” decisões unânimes para esquivar da prorrogação do julgamento, em prol da celeridade processual e até mesmo atentos ao nível de assoberbamento dos Tribunais.

Esse temor surge, uma vez mais, a partir da incidência ampla e automática da técnica de julgamento, que depende apenas da ausência de unanimidade na hipótese de apelação, sabidamente o recurso de maior incidência em segunda instância.

Desta forma, os magistrados, eventualmente, não iriam divergir, ainda que convictos, para evitar suspensão do julgamento e favorecer a aplicação imediata do *decisum*.

Misael Montenegro Filho<sup>43</sup> teceu pesadas linhas sobre a possibilidade de Desembargadores votarem contra sua convicção, *in verbis*:

Ao que tudo indica, os órgãos fracionários se esforçarão para proferir acórdãos unânimes, mesmo que, para tanto, algum(ns) juiz(ízes) tenha(m) de refugar o(s) voto(s) que iria(m) proferir em divergência com o colegiado, para evitar a adoção da técnica prevista na norma.

---

<sup>41</sup> ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de, in Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar, vol. 2 – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

<sup>42</sup> op. cit., p. 2.344 – 2.345

<sup>43</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo código de processo civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 856 - 857.

Contudo, não se concorda nem com o temor supra descrito e muito menos com a falibilidade dos magistrados em “refugar votos” para esquivarem-se de nova sessão de julgamento.

Concorda-se, isso sim, com o ideal de justiça e crença, especialmente dos magistrados, no sistema processual. Afinal, se estes mesmos Desembargadores que “refugariam voto” apreciassem o mesmo caso sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, poderiam, de igual forma, votar com a maioria para fechar as portas à eventual oposição de Embargos Infringentes.

É novamente Cesar Goulart Lanes que retrata com maestria essa dicotomia, *in verbis*:

Ainda que assim seja, pergunta-se: antes do novo Código de Processo Civil, a preocupação acima esposada poderia ser seguramente evitada? A resposta é negativa. Não se pode traçar o norte de uma codificação por receio de exceções. Aliás, não há qualquer ineditismo no medo advindo de julgamentos em que o relator é automaticamente e irrefletidamente acompanhado pelos demais integrantes da composição julgadora, frustrando-se sobremaneira os proveitos proporcionáveis pela construção de uma decisão efetivamente colegiada.

Exatamente por ser assim, pensa-se que, com embargos infringentes, assim como, agora, com a técnica de suspensão de decisões não-unâнимes, não é o *procedimento* que pauta a condução do julgador, mas, isso, sim, sua irrenunciável e exigível fidelidade ao sistema jurídico que constitucionalmente o constituiu e o mantém.

Portanto, ainda que existente, acredita-se que esse receio não prevalecerá, exatamente pelo comprometimento dos magistrados ao julgamento justo e ao devido processo legal que, dentre muitos outros princípios, os norteia na atividade judicante.

#### **4.8 A contraditória vedação à aplicação da técnica de julgamento na hipótese de remessa necessária**

Questão de grande contradição é a impossibilidade de prorrogação do julgamento nos casos em que há remessa necessária do julgado, como positivado pelo inciso II do §4º do artigo 942.

Essa vedação acompanhou, na verdade, a Súmula 390 do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte redação: “Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes”.

O precedente que deu origem à Súmula, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 185.889/RS, foi julgado em 01 de agosto de 2000 pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de maneira que constou no aresto, relatado pelo Ministro Edson Vidigal, o seguinte, *in verbis*:

(...) a lei, pois, restringe a possibilidade de uso dos infringentes aos julgados, por maioria, proferidos em apelação e em ação rescisória; silencia quando se trata de decisões proferidas em remessa necessária

Percebe-se, com meridiana clareza, a literalidade com que havia sido tratada a redação do superado artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973.

Ocorre que, de maneira diametralmente oposta, o mesmo Superior Tribunal de Justiça havia editado a Súmula 255, com o seguinte enunciado: “Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

A construção dessa Súmula refletiu verdadeira interpretação ampliativa e sistemática do artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973, que em nenhum momento tratou da admissibilidade dos Embargos Infringentes em hipótese de agravo de instrumento.

Ou seja, claramente foram adotados dois pesos e duas medidas na interpretação pretoriana do revogado dispositivo atinente aos Embargos Infringentes e, quer nos parecer, aqui, que a interpretação equivocada é a restritiva, ou seja, a que vedava a oposição do recurso no *codex* processual passado e veda a prorrogação do julgamento no Diploma Processual vigente.

Quanto à remessa necessária, é ponto (quase) pacífico que não se trata de recurso, mas de condição de eficácia da sentença, ainda que sua similitude à sistemática recursal seja quase total.

E nesse cenário, é salutar rememorar que o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou a admitir a possibilidade de oposição de Embargos Infringentes em remessa necessária, consagrando inclusive a sua Súmula 77: “Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (CPC, art. 475)”.

O cabimento dos Embargos Infringentes em remessa necessária fica evidente quando analisado eventual quadro hipotético. Afinal, numa sentença desfavorável ao ente público, da qual ele interpõe apelação que venha a reformar, por maioria de votos, o resultado original, por certo seriam oponíveis Embargos Infringentes pelo particular.

Entretanto, se na mesma hipótese o julgamento original viesse a ser reformado com divergência, ou seja, beneficiando o ente público, mas a partir de remessa necessária, ao particular seria vedada a oposição de Embargos Infringentes.

É dizer: é mais vantajoso ao ente público omitir-se do que apelar!

Esse paradoxo, por se tratar de relevante tema, foi tratado no âmbito Superior Tribunal de Justiça, particularmente no julgamento ao Recurso Especial nº. 1.089.886/DF em 15 de dezembro de 2008. Confira-se, por isso, o voto da eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *in verbis*:

(...) caso sejam considerados inadmissíveis os embargos infringentes em remessa oficial, a falta de interposição do recurso voluntário pela Fazenda Pública necessariamente vedará, à parte *ex adversa*, o uso dos embargos infringentes, na hipótese de reforma da sentença de mérito por votação majoritária no julgamento do reexame necessário. Assim, o exercício de um direito processual por um litigante estará totalmente sujeito à vontade do outro, situação que, em tese, configuraria malferimento ao postulado do devido processo legal, em especial à garantia processual da paridade de armas.

Em outras palavras, a possibilidade do particular opor Embargos Infringentes fica condicionada à interposição de recurso pelo ente público, o que certamente não pode ser admitido.

Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol<sup>44</sup> reforçaram a possibilidade de oposição dos Embargos Infringentes em sede de remessa necessária, *in verbis*:

Cabe o recurso de embargos infringentes do acórdão não unânime proferido no julgamento de remessa necessária (art. 475), muito embora não se trate de recurso, mas de condição de eficácia da sentença. Isto porque o procedimento da remessa é o mesmo da apelação.

Restou evidente, portanto, que a Súmula 390 do Superior Tribunal de Justiça é extremamente controversa e contraditória, seja na sua origem (a partir de um exagerado apego

---

<sup>44</sup> MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 95.

à letra da lei), seja no seu conteúdo e aplicação (que não oferece qualquer motivo plausível à vedação).

A partir disso, infelizmente, surgiu a atual vedação do inciso II do §4º do artigo 942 do Código de Processo Civil, a qual desde já reputamos como equivocada.

## 5 A DEVOLUTIVIDADE DO JULGAMENTO ESTENDIDO DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

### 5.1 Abordagem inicial ao tema

Fazendo um breve regresso às origens dos Embargos Infringentes e à redação dos artigos que positivaram o instituto de prevalência do voto divergente no Brasil, chegamos ao Código de Processo Civil de 1939, o primeiro a prever o recurso no sistema processual.

Nele, após inúmeras modificações num curto espaço de tempo, a redação final do artigo 833 previa o seguinte, *in verbis*:

Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, §2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a redação original de seu artigo 530, que trazia a previsão de cabimento dos Embargos Infringentes, possuía o seguinte teor, *in verbis*:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Reformado pela Lei 10.352 de 2001, o Código revogado passou a assim dispor sobre os Embargos Infringentes, *in verbis*:

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

Note que, desde que positivado o instituto no ordenamento jurídico em 1939, a parte final de todos os artigos que regulamentaram os Embargos Infringentes trazia a expressão “Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Vejamos, agora, a redação do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, que, em tese, substituiu os Embargos Infringentes pela técnica de julgamento para prevalência do voto divergente, *in verbis*:

Art. 942. 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.

Percebe-se que a parte final que aparecia nas redações anteriores foi suprimida pelo legislador de 2015, o que, por si só, já abre espaço para discussões envolvendo o limite material de aplicação do dispositivo.

Acrescente a essa discussão o §2º do artigo 942, que preconiza a possibilidade de o magistrado alterar seu voto no caso da prorrogação do julgamento, novamente sem qualquer previsão do legislador sobre o limite dessa liberdade dada ao julgador.

As questões que se tiram dessa omissão da lei são as seguintes: qual a extensão da matéria devolvida aos julgadores na hipótese de prorrogação do julgamento? O §2º do artigo 942 permite que os magistrados originais revejam voto sobre questão já tida como unânime quando a questão divergente se submeter ao julgamento estendido?

Dentre outras, é o que se passará a analisar, na tentativa de encontrar uma solução segura ao tema.

## **5.2 O efeito devolutivo nos extintos Embargos Infringentes**

É certo que a expressão “Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”, presente na parte final dos artigos revogados dava o tom e o limite do efeito devolutivo dos Embargos Infringentes.

Em outras palavras, sempre foi certo que a matéria devolvida ao conhecimento dos novos julgadores no Tribunal era limitada à matéria que não havia sido objeto de votação

unânime, quando também presentes os demais requisitos autorizadores da oposição do recurso.

Isto é, o limite do efeito devolutivo dos Embargos Infringentes era dado pela extensão da divergência, que recaía, exclusivamente, na matéria alvo do voto vencido.

Há que se lembrar que a discussão se cinge à extensão do efeito devolutivo (ou da devolutividade da matéria na técnica de julgamento, tendo em vista que não se trata mais de recurso), e não de sua profundidade, porquanto todos os argumentos suscitados sobre determinada questão posta a novo julgamento podem ser apreciados pelos novos julgadores.

Nada obstante a limitação que imperava até a revogação do *codex* de 1973, ainda existiam as possibilidades de divergência total do julgado, situação em que toda a matéria apreciada pelo órgão julgador submetia-se à nova apreciação do colegiado ampliado.

É o que bem obtemperava Humberto Theodoro Júnior<sup>45</sup>, ao discorrer sobre o efeito devolutivo dos Embargos Infringentes, *in verbis*:

Quanto à matéria a ser reexaminada nos embargos, seu âmbito é o da divergência ocorrida no julgamento embargado; mas, se a divergência é *total*, também total será a devolução de conhecimento. Quer isto dizer que o julgamento dos embargos, então, autorizará o exame de tudo aquilo que seria examinável no julgamento primitivo, mesmo aquilo a que porventura não tivesse se referido, expressamente, o acórdão embargado.

Depreende-se, portanto, que era pacífico o limite da extensão do efeito devolutivo, cingindo-se a matéria posta à reapreciação àquilo que havia sido alvo de divergência, ou seja, do voto vencido.

Isso era obtido a partir da perfunctória leitura do dispositivo legal e também da análise dos elementos e dos efeitos do recurso, como o era os Embargos Infringentes.

Atualmente, não se tem mais esse recurso e suas características para lastrear o limite da devolutividade da matéria, ao mesmo tempo em que a própria redação do dispositivo leva o operador do Direito a uma interpretação diametralmente oposta daquilo que vinha se aplicando e da própria natureza do instituto de prestígio ao voto divergente.

---

<sup>45</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011, p. 639.

### **5.3 O efetivo limite da matéria devolvida à reapreciação dos julgadores – uma crítica ao §2º do artigo 942**

A falta de restrição em relação à matéria que pode ser objeto de nova votação na prorrogação do julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, bem como a sua própria redação vaga e excessivamente abrangente geram verdadeira insegurança na aferição do que efetivamente será reapreciado pela turma julgadora.

E o temor é gerado não pelo voto dos novos componentes, mas sim pela possibilidade ampla que os magistrados da composição original eventualmente possuem de modificação de qualquer questão de seu voto, inclusive de um ponto já tido como unânime pelos julgadores originais.

Para facilitar a compreensão do tema, pensemos numa demanda em que o autor postulou o pedido A e o pedido B, de modo que, na sentença, ambos os pedidos foram procedentes.

Em sede de apelação, os três Desembargadores votaram pela manutenção da procedência do pedido A de maneira unânime e, por maioria de votos, pela improcedência do pedido B.

Temos, portanto, dentre dois pedidos, um julgado unanimemente e outro julgado de maneira não-unânime.

Pela técnica de julgamento do artigo 942, procede-se automaticamente à nova sessão de julgamento, com inclusão de dois novos magistrados (ou seja, em número suficiente para possibilitar a reversão do resultado obtido pelos três Desembargadores originais).

Esses dois novos magistrados, até pelo princípio do juiz natural, só poderão proferir seus votos em relação ao pedido B, não-unânime.

Entretanto, e os três Desembargadores originais? Devem se manifestar também apenas sobre o pedido B, divergente, ou, à luz do §2º, podem rever seus votos inclusive sobre o pedido A, unânime?

Quer nos parecer, nessa questão, que os três magistrados originais devem se manifestar apenas sobre a questão submetida a eles pela divergência.

Parece-nos assim porque o que “ativa” a aplicação da prorrogação do julgamento é a exatamente a ausência de unanimidade, sendo uma verdadeira incongruência que, por conta da divergência sobre o pedido B, no nosso exemplo, os Desembargadores originais pudessem alterar seu voto sobre o pedido A, do qual haviam previamente concordado.

Não se enxerga, aqui, a forma como a divergência sobre uma questão pode influir na possibilidade de discordância sobre outra questão que era pacífica entre eles. O mero procedimento do artigo 942 certamente não tem esse poder...

Não se olvida, de igual maneira, que o julgamento do recurso não se encerra na aplicação do artigo 942, mas tão somente após proferido o voto dos novos julgadores chamados à sanar a divergência.

Dáí se encontra uma lógica ao §2º ora criticado. De fato, os Desembargadores “poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento”. O que restou omissis na redação do dispositivo foi que os julgadores poderão rever seus votos no limite da matéria objeto da divergência.

Em outras palavras, bastaria que na parte final do *caput* do artigo ou até mesmo em novo parágrafo constasse a expressão contida na parte final do artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939 e do artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973: “Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Dessa forma, o exemplo que descrevemos acima, uma verdadeira hipótese de “desacordo parcial”, não geraria dúvidas: Os três Desembargadores estariam “restritos à matéria objeto da divergência”.

Essa fatal omissão certamente gerará grande polêmica doutrinária e jurisprudencial, com as mais variadas aplicações do artigo 942 e com turmas julgadoras que ora apreciarão apenas o ponto divergente e ora retornarão para também reapreciar questão a qual já haviam acordado.

Uma vez mais em face da recente entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e das poucas divergências surgidas a partir do desacordo parcial que gera a prorrogação

do julgamento, não são muitos os julgados que enfrentaram a polêmica ou os juristas que dissertaram sobre o tema.

Contudo, algumas notórias vozes já se inquietaram sobre a omissão legislativa e tomaram partido sobre a extensão da devolutividade do julgamento estendido cotejada ao §2º do artigo 942.

A primeira das vozes foi a do insigne professor José Rogério Cruz e Tucci<sup>46</sup>, que ressalta a limitação da reapreciação pelos magistrados originais à matéria alvo do voto vencido, *in verbis*:

Assim, ao serem chamados a proferir voto, seja por meio de recurso voluntário (extintos embargos infringentes), seja por força de lei (artigo 942), não há se confundir, como ainda adverte Pontes de Miranda, *retratação* do que ficara decidido por unanimidade, com a *devolução* da matéria objeto da divergência.

É que a questão já julgada por unanimidade não exige e tampouco se justifica a intervenção de outros julgadores, até porque haveria aí inarredável ausência de compreensão da fisiologia da respectiva técnica processual, e, ainda, usurpação do princípio do juiz natural, que prevê um número X de componentes para o julgamento unânime e um número Y para julgar quando configurada divergência sobre algum capítulo da decisão.

E conclui o Professor, *in verbis*:

Dúvida não há, a teor do disposto no parágrafo segundo do artigo 942, de que aqueles juízes que já proferiram voto poderão rever o seu próprio entendimento, anteriormente expendido, sobre a matéria que suscitou dissenso. Nesse sentido, não se pode perder de vista que o denominado julgamento estendido, integrado pelos magistrados originários e pelos convocados, cinge-se à matéria não unânime!

Rogério Mollica<sup>47</sup>, entendendo também pela limitação à matéria divergente, deixou claro e exemplificou seu ponto de vista, *in verbis*:

Apesar da lei não ser clara, parece que o entendimento mais racional seria quanto a possibilidade de somente revisar o voto quanto ao capítulo não unânime e que será objeto de prosseguimento e não em relação à parte

---

<sup>46</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido. ConJur, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

<sup>47</sup> MOLLICA, Rogério. O prosseguimento do julgamento não unânime no novo CPC e a extensão da possibilidade de reversão dos votos dos julgadores. Migalhas, 08 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI260108,21048-O+prosseguimento+do+julgamento+nao+unanime+no+novo+CPC+e+a+extensao>>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

unânime. Desse modo, se numa ação tributária, por unanimidade, os julgadores entenderem que um tributo é inconstitucional e somente divergirem sobre os juros a serem aplicados na repetição do indébito (Selic ou 1% ao mês), o prosseguimento se dará somente em relação aos juros. Portanto, poderá o julgador que entendia pela aplicação da Selic alterar o seu entendimento para a aplicação dos juros de 1% e vice-versa. Não parece ser possível que um julgador revise o seu voto quanto a inconstitucionalidade do tributo e os outros quatro julgadores passem a deliberar sobre o capítulo até então unânime do julgado.

Como já adiantamos, nos filiamos à idéia de cingir a devolutividade à matéria divergente, ou seja, tanto para os novos magistrados que comporão o órgão julgador quanto para os Desembargadores originais, o capítulo que poderá ser discutido, votado e sobre o qual eventualmente alterado o voto é apenas aquele de que tratou o voto vencido, aquele sobre qual pairou a não-unanimidade.

#### **5.4 O posicionamento favorável à ausência de limite na devolutividade da matéria no julgamento estendido**

É possível encontrar na doutrina, também, posicionamento contrário do qual nos filiamos, ou seja, entendendo pela possibilidade de os magistrados originais da turma julgadora alterarem seu votos inclusive na parte em que não há divergência, demonstrado que, desde já, o tema não será pacífico.

Com efeito, Júlio Cesar Goulart Lanes<sup>48</sup> é quem dá a primeira voz à corrente que não vê necessidade na limitação da devolutividade da matéria sujeita à reapreciação do órgão colegiado.

Para o autor, ainda que considerado que “o prosseguimento do julgamento está restrito à matéria objeto da divergência”, deve ser levada em consideração a literalidade do §2º do artigo 942, *in verbis*:

Ao mesmo tempo, considere-se, por essencial, o fato de que o dispositivo legal é claríssimo ao dispor que o julgamento terá prosseguimento, o que significa compreender estar aberta a possibilidade de toda e qualquer discussão para aqueles julgadores que já votaram. Prerrogativa, aliás,

---

<sup>48</sup> op. cit., p. 2.343 – 2.344.

reforçada pelo disposto no parágrafo terceiro [na verdade, segundo] de tal dispositivo, uma vez que, também como já dito, está garantida a revisão dos votos antes proferidos, sem menção de qualquer ressalva. Ademais, entende-se que enquanto ausente a proclamação de resultado, julgamento ainda não há.

O precitado autor faz a ressalva, ainda, quanto a matéria disponível aos novos integrantes da turma julgadora no julgamento estendido, entendendo que os novos magistrados “estão integrando a nova composição para a confirmação e ou alteração daqueles pontos em que não há unanimidade”, concluindo que “em tudo que exista julgamento unânime, não estão autorizados novos votos”.

Claramente, essa excessiva abrangência e ausência de limites gerariam problemas no processamento do julgamento estendido. O autor traz uma possível solução, *in verbis*:

Procedimentalmente também merece atenção, ainda que silente a lei em tal sentido, a forte indicação de que antes de votarem os novos integrantes, seja prerrogativa dos julgadores antecessores, depois de facultado o momento para as sustentações orais, a possibilidade de proferirem a alteração de seus votos. Na hipótese, reafirma-se: eventual alteração não encontra limitação quanto à matéria. O julgamento somente está prosseguindo. Exatamente por isso, eventual reformulação deverá ser sempre prioritária aos novos votos.

Ainda para o autor, “poderá ocorrer um ponto que era unânime acabar divergente”, demandando, por isso, a apreciação pelos julgadores convocados.

A nosso ver, isso geraria certa “esquizofrenia” no julgamento.

Em primeiro lugar, como já esposado, a excessiva liberdade na reapreciação de temas votados à unanimidade vai contra os ideais do instituto de prevalência do voto divergente, a ponto de gerar verdadeira intranquilidade e até mesmo uma insegurança jurídica, o que certamente não é admitido.

Num segundo plano, ainda, com a devida *venia* ao autor, o procedimento supra descrito poderia eternizar o julgamento.

Afinal, se os votos podem ser mudados a qualquer tempo, não haveria necessidade de serem revistos antes ou depois de eventual sustentação oral. Poderiam ser alterados até mesmo depois dos votos dos novos magistrados, porquanto o julgamento ainda não teria sido encerrado (já que não foi proferido resultado).

E, novamente tomando por base o procedimento elaborado pelo autor, não há sentido em autorizar a revisão do voto após a sustentação oral que, diga-se, é voltada tão somente aos Desembargadores convocados e, exatamente por isso, aborda apenas a matéria divergente.

Imagine-se que, feita a nova sustentação oral, um dos magistrados originais mude o voto que acompanhava a unanimidade (a partir da oitava de uma sustentação oral que não aborda o capítulo votado à unanimidade) e gere divergência. Essa divergência, pelos termos do artigo 942, demandará nova sustentação oral aos componentes da turma julgadora, além de sua apreciação sobre o capítulo.

Note como não há meios de se aceitar a ausência de limite na devolutividade da matéria posta à prorrogação de julgamento.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>49</sup>, contudo, também adota a posição ampliativa, *in verbis*:

Como se trata de prosseguimento de julgamento, é claro que as questões recursais continuam sendo as mesmas do recurso que deu lugar à não unanimidade. Em outras palavras, não é o caso principalmente de ver-se na ampliação do debate qualquer espécie de devolutividade restrita à questão objeto de divergência.

Não se desconsidera, por fim, que ainda que não nos filieemos a essa corrente, ela pode muito bem vir a ser aplicada, algo aferível apenas nos próximos tempos a partir da observação da atividade nos Tribunais.

## 5.5 Análise da aplicação pretoriana do artigo 942

A extensão da devolutividade, até o momento, não foi tratada afundo pelos Tribunais, de maneira que não se encontra farta discussão pretoriana sobre o tema.

De toda forma, é possível citar o aresto proferido peça 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na data de 02 de março de 2017, em julgamento à Apelação nº.

---

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao código de processo civil. Vol. XV. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, p.242.

00005643320-11.4.02.5001, que teve relatora do Desembargador Abel Gomes, oportunidade em que, prorrogado o julgamento, restou assentado o seguinte, *in verbis*:

2. Registre-se que, no que toca à questão central da lide, relativa à exigência de devolução de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente reformada, que a decisão da Primeira Turma se deu por unanimidade, e o julgamento restou concluído na aludida sessão do dia 09/06/2016, com o desprovimento da apelação do INSS e da remessa necessária, ainda que a conclusão tenha sido firmada com pequena diferença entre as fundamentações do Relator e dos demais integrantes do eg. colegiado.<sup>3</sup> O prosseguimento do julgamento restringe-se, portanto, ao apelo da parte autora, por conta da divergência concernente ao valor que deve ser fixado a título de honorários advocatícios, tendo o MM. Juízo a quo definido o valor de R\$ 2.500,00, ao passo que o apelante requer que a verba honorária seja fixada em 10% sobre o valor da causa. 4. Novamente submetida a exame a questão da verba honorária, em observância a sistemática prevista no art. 942 do CPC/2015 e 210-A do Regimento Interno desta Corte, decide-se pela prevalência do voto vencedor proferido na sessão anterior, quanto ao ponto, com a consequente reforma parcial da sentença, para que a verba honorária seja fixada no percentual de 10% sobre o valor da causa, consoante a legislação processual então vigente e a orientação jurisprudencial da Primeira Turma Especializada.

Nota-se que o acórdão cuidou bem de delimitar a matéria cuja votação foi unânime e a matéria em que constatada divergência, a qual foi expressamente referida como objeto do prosseguimento do julgamento.

Com igual precisão e acuidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, debruçando-se sobre a questão, por meio de sua 2ª Câmara Cível, proferiu acórdão publicado em 25 de abril de 2017 no julgamento do Reexame Necessário nº. 70072364854, no qual a Relatora Desembargadora Lúcia de Fátima Cerqueira expressamente consignou o quanto segue, *in verbis*:

1. É possível a apreciação do apelo pela técnica de ampliação do colegiado, na forma estabelecida pelo art. 942 do CPC/2015. Analisando a dinâmica estabelecida por tal dispositivo legal, resta evidenciado não se estar diante de hipótese substitutiva dos Embargos Infringentes. A *mens legis* é no sentido de que a ausência de unanimidade merece um maior aprofundamento da discussão, submetendo o resultado não unânime à ampliação do debate mediante o prosseguimento do julgamento com a ampliação do quórum de julgadores.

Neste caso, a Desembargadora Relatora se valeu da *mens legis* por trás da redação do artigo 942 para limitar a matéria que seria posta à reapreciação junto aos demais Desembargadores convocados, justificando que “a ausência de unanimidade merece um maior aprofundamento da discussão”.

Parece-nos muito preciso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu turno, ainda que seja possível citar uma considerável quantidade de julgados em que aplicada a técnica de julgamento do artigo 942<sup>50</sup>, inclusive com breve delimitação da matéria apreciada pelos magistrados convocados, de fato não se aprofundou na extensão da devolutividade da prorrogação do julgamento.

Por fim, cumpre abordar um último julgado, publicado em 06 de setembro de 2016, proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, em julgamento à Apelação nº. 0015844-73.2011.8.02.0001, cujo relatório ficou a cargo do Desembargador Domingos de Araújo Lima Neto.

No caso, em sessão de julgamento restou presente a divergência, sendo determinada a aplicação do artigo 942, nos seguintes termos, *in verbis*:

Certifico que a 3ª Câmara Cível, em sessão Ordinária hoje realizada, assim decidiu: devolução de vista pelo Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, que apresentou voto divergente. Por sua vez, o Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly acompanhou, na íntegra o voto do relator. Suspenso o julgamento, em virtude do resultado não unânime. O presente processo aguardará a aplicação de técnica de julgamento ampliada, de acordo com o art. 942 do CPC. Participaram da sessão: Des. Domingos de Araújo Lima Neto, Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly e Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Presidiu a sessão o Exmo. Senhor Des. Domingos de Araújo Lima Neto. Para constar, lavro a presente certidão, do que dou fé.

Entretanto, antes mesmo de ser realizada a nova sessão de julgamento, o Desembargador que proferiu o voto divergente modificou seu voto quanto ao ponto divergente, de modo a saná-la e tornar desnecessária a ampliação do órgão colegiado, proferindo o seguinte resultado, *in verbis*:

Certifico que a 3ª Câmara Cível, em sessão Ordinária hoje realizada, julgou os presentes autos, tendo decidido: o Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, que havia divergido, modificou o seu voto, acompanhando o relator. À unanimidade de votos, em CONHECER do recurso para, no mérito, por idêntica votação, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator. Presença dos advogados Rodrigo Ferreira Lima e Nelson Henrique Rodrigues de França Moura. Tomaram parte no julgamento: Des. Domingos de Araújo Lima Neto, Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly e Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Presidiu a sessão o Exmo. Senhor Des. Domingos de Araújo Lima Neto. Para constar, lavro a presente certidão, do que dou fé.

---

<sup>50</sup> v.g. Acórdão proferido pela 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamento à Apelação nº 1020072-81.2016.8.26.0405, Desembargador Plínio Novaes de Andrade Júnior.

Nessa hipótese, alterando o voto dentro de um limite aceitável, diga-se, referente à divergência, é completamente possível, dentro dos parâmetros do *caput* do artigo 942 e de seu §2º, que o magistrado reveja seu voto a fim de sanar a divergência.

Contudo, a crítica que se faz a esse último julgado, de cunho procedimental, é que, iniciado o “rito” do artigo 942, os Desembargadores convocados deveriam ser integrados ao órgão julgador, deveriam ter a oportunidade de ouvir a exposição oral das partes e deveriam proferir seus votos, até mesmo porque, a partir deles, poderiam influenciar os magistrados da composição original (obviamente sempre no limite da matéria divergente).

O contraponto que se faz, especialmente nesse caso, é o notório e sensível ganho na celeridade processual e na efetividade das medidas judiciais.

Esses, em síntese, alguns casos pontuais e que notada uma leve ampliação na discussão sobre o instituto ora em debate, tudo levando a crer que, até o momento, os Tribunais parecem fiar-se à corrente que limita a extensão da devolutividade da matéria ao capítulo divergente do *decisum*.

## **5.6 Uma possível solução acerca dos limites da matéria devolvida à apreciação dos magistrados no julgamento estendido**

Uma possível medida a ser tomada, de ordem meramente procedimental, seria a de expressamente definir, em julgamento, a matéria posta à reapreciação, suprimindo a omissão do §2º do artigo 942.

O Desembargador Relator, nesse caso, na sessão de julgamento, ao constatar a divergência sobre um capítulo do *decisum*, determinará a aplicação do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, suspendendo o julgamento para inclusão de novos magistrados.

Entretanto, determinada a aplicação do precitado dispositivo, no mesmo ato, o Relator poderia definir qual a matéria sobre a qual houve divergência, expressamente indicando qual ou quais os pontos serão objeto da prorrogação do julgamento. Em outras palavras, sobre quais pontos os magistrados convocados deverão proferir voto, as partes poderão sustentar

oralmente e sobre os quais ele (Relator) e os demais componentes da composição original da turma julgadora poderão rever seus votos.

Note que essa forma procedimental serviria tanto para o caso do *caput* do artigo 942 (designação de nova sessão de julgamento) quanto para o seu §1º (julgamento estendido na mesma sessão de julgamento).

Basta que, para tanto, o Relator expressamente defina a matéria que poderá ser abordada na sequência do julgamento estendido, ou seja, aquela que gerou divergência no voto vencido.

A partir daí, não poderá haver discussão, para partes ou para magistrados, acerca do quanto disponível à reapreciação por força do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015.

## 6 CONCLUSÃO

Iniciamos a presente monografia buscando explicar as origens do instituto que visa à prevalência do voto vencido nas decisões judiciais.

A gênese do instituto remonta às Ordenações Afonsinas, no século XV, de maneira que, desde aquele longínquo período em terras portuguesas, formou-se uma robusta construção jurídica que veio repercutir efeitos no Brasil.

E diferentemente de Portugal, o legislador brasileiro foi o primeiro a criar um recurso para prestigiar o voto divergente, o que mais adiante ficou conhecido como os Embargos Infringentes. Diz-se isso porque a sistemática portuguesa sempre foi “automática”, ou seja, não era necessária a voluntariedade da parte em impugnar uma decisão judicial para que fosse tentada a reforma do *decisum* em favor do voto vencido.

Essa sistemática lusitana, que, novamente, vem desde o século XV, é agora aplicada pelo legislador na reforma processual efetivada em 2015.

Entretanto, até eclodirmos no Código de Processo Civil de 2015, que adotou sistemática muito semelhante àquela das Ordenações Afonsinas, o sistema processual brasileiro, como analisamos, passou por um grande fluxo de marchas e contramarchas desde o célebre Regulamento 737, passando pelo Código de Processo Civil de 1939 e também pelo de 1973 e suas diversas alterações legais, já com a sistemática dos Embargos Infringentes em prática.

Em meio a essas diversas “tendências contraditórias”, abordamos também as diversas polêmicas delas surgidas durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, especialmente após as reformas introduzidas pelas Leis 10.352 de 2001 e 11.232 de 2005.

Com a revogação do *codex* de 1973, que deu lugar ao novo Código de Processo Civil de 2015, os Embargos Infringentes foram suprimidos do ordenamento jurídico, dando lugar, em tese, à técnica de julgamento do artigo 942.

Buscamos, dessa forma, olhar para o futuro e analisar possíveis polêmicas que podem surgir, com base na análise simples da redação do dispositivo, de seus parágrafos e de seus respectivos incisos, sem prejuízo, claro, de demais questões que possam vir a surgir.

Nessa esteira, chegamos ao cerne da presente monografia: qual seria o limite da devolutividade da matéria no caso de aplicação da técnica de julgamento introduzida pelo novel artigo 942, especialmente à luz de seu §2º?

Para nós, o supracitado §2º do artigo 942 é omissivo em sua redação, pois deixou de limitar a possibilidade de revisão do voto dos Desembargadores da composição original da turma julgadora.

E a omissão se faz ainda mais evidente pois, em todas as redações de todos os artigos que disciplinaram os Embargos Infringentes nos diplomas processuais passados, independentemente de quaisquer modificações pelas quais passaram ao longo do tempo, sempre cuidaram de fazer constar, na parte final do dispositivo, a expressão “Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

A finalidade dessa expressão era exatamente limitar o escopo de reapreciação da matéria, seja pelos magistrados convocados, seja pelos magistrados originais.

O Diploma Processual vigente, por outro lado, foi omissivo nessa limitação, abrindo espaço, na verdade, para interpretações muito mais extensivas, como aquelas que entendem que a qualquer momento o Desembargador original pode rever seu voto, inclusive na parte em que já havia sido votada à unanimidade.

Para nós, a revisão de capítulo do *decisum* que já havia sido unanimemente julgado atenta contra a origem do instituto de prevalência do voto divergente, contra a própria *mens legis* do dispositivo, que se volta exatamente para a divergência e não para a impugnação da unanimidade.

Sem prejuízo, foram analisados alguns dos poucos julgados dos Tribunais que abordaram o tema, oferecendo, ao fim, uma possível solução que vedaria futuras discussões sobre qual ponto seria e qual ponto não deveria ser analisado na prorrogação do julgamento.

Enfim, como repisado em algumas oportunidades ao longo da presente monografia, todas as análises feitas sobre o artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 podem não passar de meras conjecturas.

Assim como foi após cada reforma processual ao longo da história brasileira, especialmente no que concerne aos Embargos Infringentes e agora à novel técnica de julgamento, são inúmeras as críticas, inúmeros os aplausos e inúmeras as incertezas sobre a aplicação do dispositivo no âmbito dos Tribunais nos tempos próximos.

Aguardemos.

## 7 BIBLIOGRAFIA

<sup>1</sup> Cf. BORGES, Marcos Afonso *Embargos infringentes*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 16. Frise-se, por oportuno, que o ineditismo da ferramenta processual não diz respeito somente à impugnação das decisões com maioria de votos, mas sim à figura do recurso de embargos em todas suas espécies. V., por todos, COSTA, M. L.; AZEVEDO, L. C. *Estudos de história do processo – recursos*. São Paulo: FIEO-Joen, 1996. p. 162, *in verbis*: “É ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço do direito romano, no germânico ou canônico, nem nos ordenamentos jurídicos dos diversos povos de civilização ocidental, que se formaram em decorrência da interpretação daqueles três grandes sistemas, de que no fundo todos são tributários”.

<sup>2</sup> Cf. CRUZ E TUCCI, José. Rogério.; AZEVEDO, Luis Carlos Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 265.

<sup>3</sup> REIS, José Alberto. *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*. Coimbra: Coimbra Ed., 1929. p. 610. O art. 51.º do Dec. 12:533 suprimiu o recurso de embargos às sentenças dos juízes de direito. Quanto aos embargos aos acórdãos, dispôs que só serão admitidos quando a decisão embargada tiver obtido apenas a maioria de um voto. Levantaram-se dúvidas sobre se, verificada a condição de o acórdão ter sido tirado por um voto de maioria, seria sempre admissível o recurso de embargos, ou se a condição estabelecida pelo art. 51.º do Dec. 12:353 vinha acrescer aos requisitos exigidos pela legislação anterior. Sustentei, na 1.ª edição deste livro, que a interpretação exacta era a segunda. O decreto quis manifestamente restringir a admissão do recurso de embargos. Entendeu o legislador que este recurso só servia, na maior parte dos casos, para prolongar inúltimente a causa.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 611.

<sup>5</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Embargos infringentes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 158-162.

<sup>6</sup> “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão” (apud BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, p. 519).

<sup>7</sup> *Idem*, p. 520.

<sup>8</sup> Relatório do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: [[www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf)]. Acesso em: 09.09.2017.

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 169-170, vol. 5.

<sup>10</sup> TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Perfil histórico dos embargos infringentes (das Ordenações Afonsinas ao Código de Processo Civil de 2015). *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 275-293, novembro 2015.

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes). São Paulo: *Revista de Processo: RePro*, v. 34, n. 171, p. 24-34, maio 2009

<sup>12</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cabimento de embargos infringentes contra a decisão de mérito não unânime proferida no agravo de instrumento. São Paulo: *Pareceres*, v. 2, p. 359-390, outubro 2012

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 700-701

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. São Paulo: *Revista de Processo: RePro*, v. 67, p. 26-39, setembro 1992

<sup>16</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 8.<sup>a</sup> ed., 2017, p. 165.

<sup>17</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Embargos infringentes – Declaração do voto vencido. São Paulo: Soluções Práticas de Direito, v. 10/2014, p. 257-296, setembro 2014

<sup>18</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Embargos infringentes – Requisitos para cabimento dos embargos infringentes. São Paulo: Soluções Práticas de Direito, v. 10/2014, p. 257-296, setembro 2014

<sup>19</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 919.

<sup>20</sup> CUNHA, Gisele Heloísa. Embargos Infringentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 101-02.

<sup>21</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos no código de processo civil. Curitiba. Editora Litero-Técnica. 1959

<sup>22</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 1.039.

<sup>23</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao código de processo civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 522-23.

<sup>24</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. In Novo Código de Processo Civil : Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar, vol. 1. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 209-210.

<sup>25</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. São Paulo: Revista de Processo: RePro, v. 109, p. 113-126, março 2003

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, n. 19, p. 52 e n. 35, p. 80.

<sup>27</sup> CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Embargos infringentes contra parte do acórdão que trata dos honorários advocatícios. São Paulo: Revista de Processo: RePro, v. 154, p. 156-162, dezembro 2007

<sup>28</sup> Acórdão unânime da Corte Especial do STJ, AgRg nos EREsp 825.166-SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

<sup>29</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado, 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 846.

<sup>30</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1ª ed., 2015, p. 1.341 - 1.342.

<sup>31</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 440-441.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais 2017, p. 2.341 – 2.342.

<sup>34</sup> DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 780-783

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes.

<sup>37</sup> op. cit., p. 847.

<sup>38</sup> Comentários ao novo Código de Processo Civil / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.370.

<sup>39</sup> Idem, p. 1.371.

<sup>40</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.001 – 2.002.

<sup>41</sup> ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de, in Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar, vol. 2 – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

<sup>42</sup> op. cit., p. 2.344 – 2.345

<sup>43</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo código de processo civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 856 - 857.

<sup>44</sup> MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Recursos no processo civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 95.

<sup>45</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 639.

<sup>46</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido. ConJur, 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

<sup>47</sup> MOLLICA, Rogerio. O prosseguimento do julgamento não unânime no novo CPC e a extensão da possibilidade de reversão dos votos dos julgadores. Migalhas, 08 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI260108,21048-O+prosseguimento+do+julgamento+nao+unanime+no+novo+CPC+e+a+extensao>>. Acesso em 14 de setembro de 2017.

<sup>48</sup> op. cit., p. 2.343 – 2.344.

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao código de processo civil. Vol. XV. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016, p.242.

<sup>50</sup> v.g. Acórdão proferido pela 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamento à Apelação nº 1020072-81.2016.8.26.0405, Desembargador Plínio Novaes de Andrade Júnior.