

A TRANSFORMAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES EM TÉCNICA DE JULGAMENTO: AMPLIAÇÃO DE HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

CHANGING THE “EMBARGOS INFRINGENTES” APPEAL INTO A JUDGEMENT TECHNIQUE: THE AMPLIATION OF ITS HYPOTHESES FROM A CONSTITUCIONAL VIEWPOINT

Eduardo de Avelar Lamy¹

Fellipe de Souza Farinelli Medeiros²

Resumo: Trata-se de breve estudo acerca de peculiaridades do recurso de embargos infringentes, que traça as origens históricas do instituto, especialmente diante da normatividade da Constituição, e aborda a sua importância no sistema processual hodierno com objetivo de explicar a sua manutenção ao longo das reformas que o CPC tem sofrido. Da mesma forma, o estudo analisa as consequências havidas junto às hipóteses de cabimento dos embargos infringentes. Percebe-se, entretanto, que o sistema projetado pela criação da técnica de julgamento prevista pelo art. 955 do Substitutivo do Novo CPC aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados transforma a natureza do instituto, mas estende as suas hipóteses de incidência.

Palavras-Chave: embargos infringentes; técnica de julgamento; Novo CPC; Normatividade Constitucional.

Abstract: This is a brief study about the peculiarities of embargos infringentes recur, that lines down the historical origins of the institute, also considering the Constitutional normativity, treating it's importance in the actual procedural system towards explaining why it was kept along the renews that the Civil Procedure Code has been trough. The study also analyses the consequences before the adequacy hypothesis of the embargos infringentes. It is possible to realize, however, that the system projected by the creation of the judgment technique regulated by article 955 of the New Civil Procedure Code Substitutive approved by

¹ Advogado. Professor Adjunto da UFSC. Diretor-Geral da ESA/OAB/SC. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do IBDP.

² Advogado. Mestrando em Direito na UFSC.

the Special Representatives House Commission transforms the natures of the institute, but extends its adequacy hypothesis. .

Keywords: embargos infringentes; judgment technique; New Civil Procedure Code; Constitution normativity.

1 Introdução

Este estudo analisa se as transformações propostas pelo projeto do Novo CPC aos embargos infringentes são adequadas diante da compreensão do processo a partir da Constituição.

Mais especificamente, estabelece as relações entre Constituição e Processo para tratar das peculiaridades dos embargos infringentes, traçando suas origens históricas e abordando a sua importância no sistema processual contemporâneo. O objetivo é explicar a manutenção do recurso ao longo das reformas que o CPC tem sofrido e as significativas transformações a ocorrerem no instituto por parte do projeto do NCPC, consoante o art. 955 do Substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

2 As transformações provocadas pela Constituição no âmbito do Processo

Ao longo de sua história, o Brasil teve dificuldades para estabelecer um Estado de Direito democrático e estável. Diante desse fato, torna-se necessário conscientizar não apenas os operadores jurídicos, mas principalmente os estudiosos do processo, formadores de opinião em seus mais diversos ramos, para pensarem o seu conteúdo na perspectiva valorativa dos direitos fundamentais.

O reconhecimento acerca da existência de princípios e direitos fundamentais oriundos, especialmente, do respeito à dignidade da pessoa humana, que passou a ser amplamente difundido pelos ordenamentos ocidentais, mormente após o holocausto e a segunda guerra mundial, trouxe para o direito uma preocupação com valores muitas vezes desconsiderada pela sua teoria geral.³

³ A própria Teoria “Pura” do Direito, construiu uma verdadeira fortaleza em torno da validade das normas jurídicas, tendo como pressuposto a Norma Fundamental que constitui o ápice da hermética pirâmide, despida de

A influência dos direitos fundamentais adaptou-se à realidade sócio-econômica e política vivida pelas diversas sociedades. No Brasil, percebe-se que a guerra fria no contexto internacional, e mais especificamente, a ditadura militar, no contexto interno, foram acontecimentos que atrasaram até 1988 a o início da reestruturação de nosso sistema instrumental conforme os direitos essenciais.

No âmbito do processo, os cientistas já vinham divulgando a influência dos direitos fundamentais sobre o desenvolvimento da disciplina, preocupando-se com a morosidade e a efetividade da jurisdição, bem como com o cumprimento do seu papel perante a sociedade, o que, inicialmente, deu causa ao trabalho dos professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH intitulado: O Acesso à Justiça (CAPPELLETTI, 1988).

A temática do Acesso à Justiça dedicou-se ao amplo reconhecimento do direito de estar em juízo para a proteção democrática dos mais variados bens jurídicos. A disseminação da ideologia social-democrata, que influenciou consideravelmente a própria mutação do Estado Liberal em Estado Social, à qual o surgimento e o reconhecimento dos princípios e direitos fundamentais estiveram intimamente ligados, repercutiu, portanto, junto ao processo.

Percebe-se, do mesmo modo, que o caráter social democrata da constituição federal tem provocado a análise da função social dos mais variados ramos da ciência jurídica.⁴ No direito processual, os cientistas tendem a concordar, hoje, com a necessidade de identificar-se uma teoria do processo adequada aos ditames constitucionais, e, portanto, pensada a partir destes e não apenas oriunda dos institutos clássicos da relação jurídica processual, ação, jurisdição e defesa.⁵

Demonstram a importância da constituição federal para o atual processo civil brasileiro as previsões constantes de vários incisos do artigo 5º da carta magna: inciso XXXV, referente à norma principal da inafastabilidade do controle jurisdicional e à busca pela efetividade do processo; inciso LIV, sobre as normas principais da ampla defesa e do contraditório; incisos LIII e XXXVII, referentes à norma principal do juiz natural; inciso LXXVIII (trazido pela EC 45) concernente à duração razoável e também ligado à efetividade do processo; inciso LVI, a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, dentre outros, bem como as regras da obrigatoriedade de motivação e da publicidade das decisões judiciais

considerações valorativas, arquitetada por Kelsen, *In Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴ Veja-se o artigo de JJ CALMON DE PASSOS: *Função Social do Processo*. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>

⁵ Nesse sentido, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 119: “(...) conseguimos extrair dessa inovação o sutil esboço de um processo civil verdadeiramente novo, hábil a representar o instrumento do terceiro milênio, voltado ao equacionamento do trinômio valorativo identificado pela *celeridade, segurança e justiça da decisão*.”

(CF, art. 93, IX).

As constituições políticas contemporâneas não têm mais apenas o objetivo de delimitar a atividade do estado em face do cidadão considerado individualmente. Em razão do conflito de interesses de certas coletividades, depende-se do devido processo legal para atingir as soluções esperadas. Pela influência dos direitos fundamentais, nas palavras de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “o processo torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania.”⁶

Deste modo, embora até bem pouco tempo atrás fosse muito comum aplicar-se e interpretar-se determinado ramo do direito levando-se em conta apenas a principal lei ordinária que o regulamentava, como disse NELSON NERY JR.,⁷ a atual influência dos direitos fundamentais sobre o direito processual tem contribuído significativamente para a paulatina e profunda modificação de seus elementos essenciais teóricos e operativos.

Tradicionalmente, aceitando a existência de uma relação jurídica instrumental diferenciada das relações jurídicas de direito material, o processo é conceituado como sendo o meio através do qual a jurisdição, substituindo-se às partes, diz o direito. Trata-se de um conceito preocupado com a carga declaratória das decisões jurisdicionais, pois se a tutela jurisdicional é aquela que “diz o direito”, equipara-se a atividade eminentemente jurisdicional à tarefa de declarar qual das partes têm razão, afirmar qual das partes está certa, mas não à tarefa de executar essa razão no mundo dos fatos: o velho “ganha mas não leva”.

Acredita-se, dada a influência do direito canônico sobre o nosso sistema judicial, na existência de uma concepção vetusta de tutela jurisdicional, que não compreende a segurança jurídica como a previsibilidade das decisões do poder judiciário, mas sim como o credo no fato de que o juiz é quem pode dizer o que é certo e o que é errado: o credo no fato de que o juiz declara o que é certo e que este é o verdadeiro caráter da atividade eminentemente jurisdicional.

Deste modo, o surgimento e o próprio desenvolvimento do direito processual, através do reconhecimento da tese de OSKAR VON BULLOW, acerca da existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de direito material, foi limitado pela

⁶ Segundo o autor, o processo se torna essencial para “solucionar as colisões entre interesses diversos de certas coletividades entre si e com interesses individuais ou estatais, tão variadas e imprevisíveis em sua ocorrência”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 3ª ed., 2003, pg. 26.

⁷ Segundo o autor: “Era muito comum, pelo menos até bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamentava. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista.” *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2007, pg. 19.

concepção excessivamente declaratória e, portanto, paternalista, preocupada com o mito da segurança jurídica (neste caso não identificada com a previsibilidade das decisões mas sim com o seu acerto), o que resultou na ordinarização de procedimentos e na clássica adoção da classificação trinária das ações, bem como na pouca consideração à feição executiva da tutela jurisdicional e na rejeição à especialização e à adaptação de procedimentos para a efetiva tutela dos direitos (BULOW, 1964).

Hoje, entretanto, pensando-se o direito processual na perspectiva dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que o próprio elemento constituído pela jurisdição não precisa ser inerente ao conceito de processo, como também de que não é apenas a carga declaratória que interessa ao escopo da jurisdição, mas principalmente a produção de resultados efetivos através do processo.

Nesse sentido, ELIO FAZZALARI demonstra que a redução e a identificação do fenômeno processual para com o exercício da função jurisdicional eminentemente declaratória é uma consequência histórica do fato de que o direito processual desenvolveu-se, inicialmente, no seio da jurisdição. No entanto, atualmente tal circunstância não autoriza a limitação e muito menos a identificação do processo para com a jurisdição (FAZZALARI, 1966, p. 1.068).

Com efeito, alguns dos acontecimentos que mais marcaram o século passado – tais como as guerras mundiais – trouxeram para o processo de positivação e aplicação do direito processual, uma conscientização valorativa que parecia ter sido esquecida, e que necessita ser estudada em conjunto com os institutos basilares do direito processual.

Interpreta-se nesse sentido a temática da instrumentalidade do processo, bastante difundida pelos estudos de CÂNDIDO DINAMARCO⁸, concepção essa que acredita-se necessita reconhecer sua carga evidentemente valorativa, acerca da interpretação do direito positivo. Percebe-se, portanto, que essa imbricação entre dogma e valor se deu, especialmente, a partir do âmbito constitucional, iniciando uma nova era no desenvolvimento do sistema jurídico.

Entretanto, encontrar respostas para as questões mais complexas é tarefa cuja essência se situa entre o raciocínio ilimitado da moral valorativa e o universo da dogmática tradicional, conjugados. As decisões mais importantes no estado democrático de direito

⁸ Conforme afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “Mas as explicações meramente jurídicas da destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição. Saia-se do plano do direito e passe-se ao da sociedade ao qual ele se destina, e então sentir-se-á que seria inteiramente inaceitável e mesmo logicamente sem explicação a busca da paz entre pessoas num caso concreto, sem saber se elas estão em real conflito.” DINAMARCO, 2003, p. 200.

contemporâneo sofreram considerável re-direcionamento dos poderes legislativo e executivo em direção ao poder judiciário. Daí o papel essencial das cortes constitucionais, de atribuição tanto jurídica quanto política, na estrutura desses estados.

Admite-se, portanto, o papel inclusive político do poder judiciário. O pensamento dos diferentes ramos do direito na perspectiva dos direitos fundamentais leva à admissão, à assunção explícita, que passa a ocorrer, por diferentes estudiosos da dogmática jurídica, como foi o caso de J.J. CALMON DE PASSOS, acerca da concepção valorativo-ideológica de suas ideias, o que obviamente não retira a importância modelar, estrutural, portanto, do conhecimento dogmático teórico e prático (CALMON DE PASSOS, 2004, p. 1-5).

Não se trata de subordinar o direito ao critério moral da pessoa humana que exerce a função judiciária, mas sim de admitir a realidade causal segundo a qual a própria decisão de buscar as respostas que o sistema jurídico fornece em detrimento dos valores pessoais do julgador, é, de fato, oriunda de uma escolha valorativo-ideológica deste, cuja real ocorrência não se pode ignorar,⁹ seja qual for a instância judiciária.

Os verdadeiros pensadores são aqueles que procuram analisar a realidade através da harmonização de ideias que, nas palavras de ALFREDO AUGUSTO BECKER, “parecem alheias ou indiferentes a uma específica realidade, buscando a conciliação entre homens que se imaginam inimigos ou estrangeiros em razão das teorias que esposaram. A solidão de uma

⁹ A Teoria Material da Constituição abriu caminho para o pensamento de autores como PETER HABERLE, que inovaram a compreensão do fenômeno constitucional sob a ótica da chamada Nova Hermenêutica buscando resgatar o seu papel normatizador, enfraquecido com a preponderância de vários matizes do poder sobre a Lei Fundamental. Já na teoria de KONRAD HESSE, exposta na obra *A Força Normativa da Constituição*, preocupava-se em destacar a importância desta força normativa através da análise da relação entre os fatores reais de poder e a Constituição. A força ativa da constituição não seria somente a de regular o presente, mas também capaz de construir o futuro com base na imposição de tarefas – representando a sua vontade. Esta vontade da constituição se originaria da necessidade de uma ordem normativa superior à simples ordem legitimada pelos fatos, eficaz contra a vontade humana, e condicionante desta. A reforma da constituição através de emendas não é a melhor opção do ponto de vista do autor, pois enfraquece o texto constitucional, deixando-o ao sabor das mudanças sociais. Assim, a constituição não estaria apta a impor comportamentos, ante a sua fragilidade. Surge então a opção da mutação constitucional através da interpretação. Para tanto, seria necessária a concepção de constituição como sistema aberto. Complementando os estudos de HESSE, PETER HABERLE defende que a interpretação da constituição é um processo aberto e dinâmico, no qual participam não somente os intérpretes tradicionais, normalmente os juízes, mas também toda a sociedade, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la, já que a interpretação constitucional diz respeito a todos, consistindo um elemento caracterizador da “sociedade aberta”. Assim, a interpretação da constituição seria um processo aberto, que considera a constituição como uma realidade pública constituída (*verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit*). A constituição, nesse sentido, seria um espelho da realidade, necessitando ser interpretada conforme as necessidades sociais concretas de efetivação das disposições constitucionais e dos direitos fundamentais. Para tanto, o autor distingue a interpretação em sentido estrito e em sentido lato. A primeira utiliza os métodos tradicionais de interpretação, sendo efetuada pelos intérpretes tradicionais, entre eles os juízes e os doutrinadores, enquanto a interpretação em sentido lato, que no seu entendimento é a verdadeira interpretação, é efetuada pela sociedade pluralista, oriunda de um processo aberto, dinâmico e democrático. O advento da nova hermenêutica é muito importante para a delineação de uma nova teoria geral do processo, haja vista tratarem-se de conclusões ligadas à necessária conscientização dos intérpretes tradicionais acerca da abertura da constituição e das necessidades sociais de resultados através do processo.

linguagem – mesmo da linguagem pura de uma ciência – ainda padece do defeito de ser solitária. A solidão das diversas linguagens cria distorções. A confusão a respeito de uma verdade não se origina na multiplicidade das linguagens, mas no círculo fechado da linguagem solitária, que leva a crer que – ela mesma – seria um universo e a única pensável.”¹⁰

Dessa forma, acredita-se que para melhor destrinchar os temas mais desafiadores, é necessário haver comunicação entre as diferentes linguagens da ciência jurídica; mais conhecimento e fundamentação dogmáticos junto à zetética e maior profundidade crítica, inclusive valorativa e ideológica, junto ao estudo da dogmática. E é também nesse sentido que a incidência dos direitos fundamentais sobre o direito processual tem contribuído significativamente para a sua transformação, tanto sob o ponto de vista eminentemente teórico quanto sob o aspecto prático-operativo.

Trata-se de uma forma de pensar o direito processual como instrumento para a efetivação do direito material, passando pela re-conceituação de vários dos institutos essenciais do processo, o que justificaria, até mesmo, definirem-se as bases para uma nova teoria geral da disciplina: uma teoria que não esteja fundada apenas nos institutos da relação jurídica processual, da ação, da jurisdição e da defesa, mas também, e principalmente, nos direitos fundamentais, reestruturando o processo a partir dos seus princípios constitucionais sem, contudo, deixar de reconhecer importância aos institutos.

Neste cenário, a modificação do conceito de tutela jurisdicional é tema que tem importantes consequências para o estudo dos mais variados temas em Direito. Isto pelo fato de que, aqueles que, consoante a concepção tradicional, veem a tutela jurisdicional apenas como a resposta obtida através da jurisdição, tendem a entender que se deve negar a adequada tutela jurisdicional necessitada para o exercício do direito material da parte, quando o meio processual utilizado for diverso daquele que o julgador acredita ser correto.

No entanto, a tutela jurisdicional é muito mais do que uma resposta da jurisdição ao pleito que lhe é formulado, pois o direito contemporâneo, processual ou material, encontra-se impregnado pelos valores humanitários. Tais valores conclamam cada indivíduo, especialmente os operadores jurídicos, para um compromisso em relação à solução dos conflitos. No plano processual, a técnica inibitória, bastante difundida no Brasil pelos estudos

¹⁰ Diz, ainda, o autor: “O desejo da fidelidade a um velho mestre induz o jurista a atraí-lo a verdade. O fato de uma doutrina perdurar a mais de dez séculos não é argumento que prove a sua veracidade, pois aquela doutrina pode simplesmente ser um erro que tenha perdurado dez séculos mais que os outros erros. Se, de um lado, se critica a originalidade juvenil, não deve ser esquecido que, do outro lado, encontra-se a obstinação senil. O conflito entre os velhos e os jovens é a doença crônica das civilizações fundada sobre o argumento da autoridade. BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. Editora Lejus, São Paulo, 2ª ed. 2004. p. 111.

de LUIZ GUILHERME MARINONI, ao buscar prevenir o ilícito e, conseqüentemente, proteger todo o ordenamento jurídico, é um exemplo que demonstra essa conscientização coletiva a cada dia mais necessária (MARINONI, 1998).

É preciso haver maior compromisso da comunidade do direito frente à resolução prática e efetiva dos problemas que lhe são colocados. A tutela jurisdicional, hoje, não pode mais significar apenas uma resposta aos pedidos que lhe são feitos. É necessário haver um compromisso por parte daqueles que a requerem e que a prestam para com os seus resultados práticos. Trata-se, portanto, de uma conscientização a ser trabalhada junto aos próprios especialistas, muitas vezes excessivamente apegados aos argumentos e fundamentos oriundos do rigor técnico do processo.

Nesse diapasão, a aplicação, por exemplo, da norma principal (princípio, na acepção tradicional) da fungibilidade junto aos meios processuais – constituídos por normas não principais (regras), possibilita melhor obtenção de resultados práticos através da jurisdição na vida dos litigantes, coadunando-se com a realidade forense que demanda interpretar-se a constituição e o ordenamento jurídico conforme a necessidade social e a melhor operabilidade do instrumento constituído pelo processo.

Deste modo, atualmente, o processo não é mais apenas um meio formal preocupado com o seu respeito acima do próprio direito material, através do qual apenas a jurisdição diz o direito, limitando-se a responder aos pleitos que lhe são formulados. Hoje, o direito processual deve ser conceituado como o resultado da operação de um núcleo de direitos fundamentais, especialmente a ampla defesa e o devido processo legal, que atuam sobre uma base procedimental formada de meios que necessitam adequar-se aos fins de forma tão rica quanto a diversidade dos direitos materiais a serem tutelados.

Daí afirmar-se, por exemplo, a existência do processo externamente à jurisdição, como ocorre com o processo administrativo, na lição de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO¹¹. Isto porque no momento em que a Constituição Federal utiliza a expressão “processo administrativo” acredita-se que tal opção vai muito além de uma simples

¹¹ De acordo com o autor: “De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório. Saliente-se que o conceito de processo e de procedimento administrativo não está calcado em questão abstrata do sistema jurídico. Não se trata de tomar a posição mais justa ou mais conveniente à ideologia do intérprete. Funda-se, mormente, no Texto Constitucional que revela sua opção quando no art. 5º, inc. LV, junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A partir disto compreende-se que, quando a constituição federal de 1988 adota a expressão *processo administrativo*, a escolha vá além de preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna.”(BACELLAR FILHO, 1998, P. 47).

preferência terminológica, admitindo a existência do regime jurídico processual nas atividades administrativas desprovidas de jurisdição, mas baseadas em atos procedimentais, contraditório e ampla defesa.

E é nesse sentido que se interpreta, também, a afirmativa de ELIO FAZZALARI¹² quando aquele retira o instituto da jurisdição do conceito de processo e diz que este consiste, na realidade, no procedimento em contraditório (princípio fundamental), pois na base de qualquer providência ou medida a ser tomada através dele, sempre estará o procedimento.

Percebe-se, deste modo, que a influência dos direitos fundamentais sobre a teoria e a prática processuais é tão profunda que não apenas os conceitos de tutela jurisdicional e de processo tendem a ser redefinidos como também a própria teoria processual necessita ser pensada nesta nova dimensão. Não se afigura razoável, por exemplo, segundo a perspectiva constitucional, que a condição para o exercício do direito de ação constituída pelo interesse de agir necessite sempre depender de adequação procedimental à estrutura do CPC e não ao direito material a ser tutelado.

Hoje, desta feita, acredita-se não existir paradoxo entre a especialização de procedimentos e o processualismo científico, embora o Livro IV de nosso Código de Processo Civil não tenha chegado a ser redigido pelo então ministro ALFREDO BUZAI, exatamente porque este entendia que os procedimentos especiais eram a parte da ciência processual que não havia evoluído, acreditando tratarem-se de antigos vestígios do período procedimentalista sincrético abandonado pela evolução da teoria do direito processual civil, como explica OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.¹³ Hoje, entretanto, não há dúvida de que procedimentos especiais como o mandado de segurança, o despejo e a reintegração de posse, são altamente efetivos e muitas vezes resultantes dos “lobbys” de determinados setores econômicos.

Assim, a chamada “especialização de procedimentos” não deve ser concebida como a necessidade da criação de um procedimento especial previsto em lei para cada espécie de direito, o que não seria factível pela diversidade de direitos existentes – embora conveniente, na medida do possível – mas sim como a necessidade de adaptar-se os procedimentos

¹² Conforme o pensamento de ELIO FAZZALARI: “O processo é procedimento em contraditório, pois antes de qualquer medida, providência ou remédio, sempre se localizará o procedimento.” (FAZZALARI, 1996, P. 7).

¹³ Segundo o autor: “Alguém poderia objetivar contra nosso argumento de que o Código de 1973 tende para a universalização da ordinariade, alegando que o legislador dedicou aos Procedimentos Especiais todo um livro do Código, onde tratou justamente dos procedimentos que fogem à ordinariade. Esta objeção poderia, à primeira vista, impressionar. Contudo, há circunstâncias históricas e manifestações doutrinárias que, antes de dar peso ao argumento, confirmam nossa conclusão. Em verdade, o inteiro Livro IV de nosso Código não foi sequer redigido por seu autor, e os Procedimentos Especiais que ele abriga não passam para a doutrina dominante em nosso país de vestígios arcaicos de institutos e princípios medievais apenas conservados em nosso direito contemporâneo por força da tradição.” BAPTISTA, 1998. p. 28.

segundo os casos concretos conforme a demanda dinâmica dos respetivos feitos. Logo, a especialização de procedimentos ora defendida não se liga apenas ao raciocínio legislativo de justificação das normas, mas sim, e principalmente, à lógica operativa de aplicação e adaptação dos procedimentos às vicissitudes das situações concretas.

Deste modo, a busca por adequação procedimental, classicamente concebida como um dos elementos constitutivos do interesse de agir que é condição da ação – ao lado do binômio necessidade/utilidade do pronunciamento jurisdicional – deixa de estar ligada à formalidade dos procedimentos previstos pelo CPC, para numa perspectiva jusfundamental, adequar-se ao direito material e às situações reais a serem tuteladas: adequar-se aos fins de tutela dos direitos e não aos meios constituídos pela rígida estrutura do CPC.

Portanto, a influência dos direitos fundamentais, as necessidades da sociedade de massas e a busca por sensatez científica, têm levado os estudiosos a reconhecer os objetivos da efetividade, do acesso à justiça e da instrumentalidade como atuais norteadores do desenvolvimento do direito processual civil. Acima da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material está a própria efetividade da jurisdição, cujo aperfeiçoamento passa necessariamente pela via do processo. Sem que o direito possa se fazer sentir na vida prática dos litigantes, não há que se falar numa verdadeira evolução da teoria e do sistema processual, merecendo serem interpretados neste sentido os embargos infringentes.

3 A antiga discussão sobre a manutenção dos Embargos Infringentes no Sistema Processual

Em paralelo aos aportes teóricos que o constitucionalismo contemporâneo trouxe ao processo, a trajetória dos embargos infringentes tem sido bastante controvertida. Trata-se de uma figura peculiar ao direito luso-brasileiro, que constava de nosso sistema antes mesmo da entrada em vigor do CPC - Código de Processo Civil - de 1939, especialmente no artigo 5º da Lei n.º 319 de 25.11.36.

O CPC de 1939, em seus artigos 808, 833 e 839, dispunha sobre os chamados “embargos de nulidade e infringentes do julgado”. No mesmo ano de 1939, no entanto, a reforma do Código de Processo Civil português aboliu o recurso, que se tornou, a partir daí, uma peculiaridade exclusiva do direito brasileiro, onde sua disciplina desde então tem sofrido sucessivas alterações.

Segundo entendia BARBOSA MOREIRA, a manutenção dos embargos infringentes no CPC de 1973 foi, de certo modo, surpreendente, pois a própria exposição de motivos do

anteprojeto BUZAID afirmava que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de 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” (2002, p. 519-528).

Mesmo assim, o projeto definitivo do estatuto processual de 1973 voltou a contemplar o recurso de embargos infringentes com as principais características que possuía no diploma anterior, sem que a respectiva exposição de motivos trouxesse maiores explicações sobre mudança tão significativa.

Importante salientar que doutrina de peso, antes e depois do advento do código de 1973, opinou contrariamente à solução adotada pelo estatuto, como foi o caso de BARBOSA MOREIRA e ALFREDO BUZAID, o próprio autor do anteprojeto. Tais estudiosos acreditavam que um voto vencido não deveria ser elemento justificador da criação de um recurso.

No entanto, o próprio BARBOSA MOREIRA - mormente após ter atuado como desembargador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - atenuou o rigor de sua posição para que fosse mantido, e conseqüentemente apenas restringido, o cabimento do recurso. Nesse sentido, a penúltima reforma do CPC reduziu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, mas reconheceu sua importância e utilidade, levando em consideração a assoberbada realidade do sistema judiciário e processual civil pátrio (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 522-526).

As atuais hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, constantes do artigo 530 daquele diploma, resumem-se aos casos em que acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, bem como aos casos em que acórdão não unânime houver julgado procedente ação rescisória. Deve-se notar, ainda, que se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Hoje, portanto, a difícil busca pelo respeito à legalidade e às instituições jurídicas nos faz perceber a conveniência de um recurso que, além de ensejar decisões mais acertadas e não ser o único responsável pela demora da jurisdição, possibilita o combate ao mal de “acompanhar-se o relator”, causado especialmente, pelo excesso de trabalho que assola nossos julgadores.

Entretanto, para ensejar a interposição dos embargos infringentes, nos casos em que acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação, a sentença de mérito ou julgado procedente ação rescisória, a doutrina ainda discute acerca da necessidade de haverem dois

pronunciamentos a respeito do mérito, da sentença e do acórdão, tema esse que volta a ganhar importância após as últimas reformas do CPC.

O imprescindível, segundo SÉRGIO SHIMURA (2002, p. 520), seria apenas a apreciação do pedido autoral, mesmo que uma única vez, para que, conseqüentemente, possa incidir o instituto da coisa julgada. Tal apreciação normalmente ocorrerá no primeiro grau, mas também pode ocorrer apenas no segundo grau de jurisdição, nos casos em que a sentença monocrática é meramente processual e o tribunal julga diretamente o pedido, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 515, o que também possibilitaria a interposição de embargos infringentes, conforme afirmam FLÁVIO CHEIM JORGE e outros.

Por sua vez, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER (2002, p. 181) entendem que as decisões de primeiro e de segundo graus (esta por maioria de votos), para ensejar a interposição de embargos infringentes, devem envolver necessariamente a decisão de mérito também no segundo grau.

Parece-nos, realmente, que a sentença necessita ser de mérito e o acórdão também, pois a hipótese do legislador parece ter sido a de desacordo entre os juízos de primeira e de segunda instância, no que diz respeito ao julgamento da lide. Dentro desse raciocínio, conclui-se serem também incabíveis os embargos nos casos em que o tribunal julga o mérito, mas o juiz de primeira instância não.

Dessa forma, acreditamos que o legislador agiu corretamente ao restringir as hipóteses de cabimento dos embargos, sem, contudo, bani-los da sistemática dos recursos no processo civil brasileiro. Logo, esse movimento restritivo merece ser levado em conta na interpretação das novas regras processuais, o que nos leva a acreditar que os embargos infringentes são cabíveis apenas nos casos em que houver duplo julgamento do mérito.

4 A Redução Indireta Provocada pelo § 4º do art. 515 do CPC atual

Desta feita, nos resta comentar a influência das últimas reformas do CPC junto aos embargos infringentes, pois a modificação trazida pela Lei n.º 11.276/06, que inseriu o § 4º do art. 515 do CPC¹⁴, merece ser pensada no tocante à frequência da utilização do referido

¹⁴ Dispõe a Exposição de Motivos do novo texto legal: “Por outro lado, o novo § 4º que se quer incluir ao artigo 515 do CPC somente contribui para a economia processual, ao solucionar o problema das nulidades processuais detectadas por ocasião do julgamento da apelação. Tratando-se de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual e, após cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação. Tal medida objetiva evitar que o tribunal se limite a declarar a nulidade processual e remeta o processo para o juiz de primeiro grau, com receio de que se alegasse supressão de instância. Na sistemática atual, uma vez sanada a nulidade, o processo retornaria ao tribunal para o julgamento do recurso.”

recurso.

A restrição das hipóteses de interposição do recurso havida em 2001 – através da Lei n.º 10.352 – na opinião de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (2002, p. 180)¹⁵, da qual comungamos, estabeleceu a utilização dos embargos infringentes para as situações de empate no número de julgadores quanto ao mérito analisado, dada a inexistência de hierarquia entre as instâncias jurisdicionais.

Desse modo, em nosso entender, o recurso se tornou cabível contra os acórdãos de apelação que reformam por maioria a sentença de mérito ou que julgam procedente por maioria a ação rescisória (CPC, art. 530), desde que seja novamente analisado o mérito da sentença rescindenda.

Percebe-se, portanto, que em ambos os casos a mesma questão de mérito acaba por receber dois votos em cada sentido, consideradas as duas instâncias (votos do juiz singular e dos desembargadores em colegiado). Logo, concluímos que do acórdão de apelação que apenas anula por maioria a sentença *a quo* em razão de *error in procedendo* não cabem embargos infringentes por não ter havido empate de opiniões na resolução do mérito.

Nesse cenário, a realista e econômica possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal nos casos em que o recurso de apelação estiver fundando no *error in procedendo* do juízo *a quo*, mesmo nas situações em que a matéria seja de direito e de fato – trazida pelo novo § 4º do art. 515 do CPC – fará com que a análise do tribunal seja a primeira sobre o mérito em tais feitos.

Não haverá empate a respeito do mérito nas referidas apelações, o que a nosso ver retira e, portanto restringe uma vez mais, se não as hipóteses de cabimento, ao menos a frequência da utilização dos embargos infringentes.

Surgiu, inclusive, significativa dúvida por parte dos operadores do direito a partir da entrada do § 4º do art. 515 em vigor, pois hoje as partes não podem deixar de interpor os embargos infringentes, por força das súmulas n.º 207 do STJ e 281 do STF, quando estes são cabíveis, sob pena do desconhecimento dos eventuais recursos especiais ou extraordinários interpostos.

¹⁵ Conforme diziam os autores, já quando da novidade trazida pelo então novo § 3º do art. 515 do CPC: “A sentença há de ser de mérito, e o acórdão também: a idéia parece ser a de que tenha havido desacordo entre o juízo *a quo* e o juízo *ad quem* no que diz respeito à lide. Assim, por exemplo, tendo sido julgada a ação improcedente no juízo *a quo* (ou seja, tendo havido decisão de mérito) e sendo 2 x 1 o resultado da apelação, tendo-se como resultado a inadmissibilidade da ação por ausência de legitimidade ativa (2 votos) e tendo o voto vencido considerado a parte legítima, descabem os embargos, porque o tribunal não terá propriamente *reformado* a sentença, mas deixado de admitir a ação. Interessante observar que no caso de incidir o artigo 515 § 3º, jamais caberão embargos infringentes, já que um dos pressupostos da incidência dessa nova regra é ter havido sentença de mérito.”. Op. cit. p. 177.

Tal dúvida reside, portanto, em saber se após a entrada do novo texto legal em vigor, serão cabíveis embargos infringentes contra os acórdãos em recurso de apelação que tiverem anulado e julgado por maioria o mérito dos respectivos feitos, pela primeira vez. A resposta, em nossa opinião, é negativa, mas suficiente para causar transtornos aos operadores do direito, quando da interposição dos recursos extraordinários.

5 A técnica de julgamento projetada para o Novo CPC: ampliação das hipóteses

A técnica de julgamento projetada para o novo CPC tenta resolver os problemas acima expostos, extinguindo os embargos infringentes como recurso, mas mantendo-os como procedimento inerente aos julgamentos, tanto na apelação quanto na ação rescisória e – novidade – no agravo de instrumento que reforme decisão interlocutória a respeito do mérito.

Segundo dispõe o art. 955 do Substitutivo aprovado na Comissão Especial destinada a analisar o Projeto do Novo CPC, em seu atual estágio, antes de ser aprovado pelo plenário daquela casa:

Art. 955. Quando o resultado da apelação for, por decisão não unânime, no sentido de reformar sentença de mérito, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem 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.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

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

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma da

decisão interlocutória de mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.

§ 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.

§ 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo.

Dessa forma, no Novo CPC os embargos infringentes se tornarão um incidente, tendo as suas hipóteses de incidência não apenas estendidas, mas também garantidas por determinação legal.

O novo texto deixa clara a intenção de manter, portanto, o procedimento correspondente aos embargos infringentes sem, contudo, resguardá-lo no sistema como um recurso. Perde-se um recurso, que é ônus da parte. Por outro lado, se ganha um incidente, uma técnica de complementação de julgamento cujo processamento se dá por determinação legal.

O que se percebe é que o interesse havido na manutenção do procedimento correspondente aos infringentes – ainda que mediante a extinção do recurso – não é apenas das partes, mas também público, dada a uniformização e a amplitude da discussão que possibilita junto aos julgados não unânimes que reformam sentença de mérito.

Assim, além da transformação a respeito da natureza do procedimento – incidente ao invés de recurso – o novo texto acaba por proporcionar, também, uma extensão das hipóteses de cabimento desta técnica.

Isso porque o § 3º do art. 955 prevê que tal técnica de complementação de julgamento será aplicada igualmente, tanto às decisões colegiadas não unânimes em recurso de apelação quanto às decisões colegiadas não unânimes em ação rescisória e em recurso de agravo de instrumento que reformem decisão interlocutória de mérito, conceito esse melhor resolvido para o novo CPC.

Portanto, seu cabimento foi estendido, estando vinculado à reforma não unânime das decisões que versam sobre mérito, exceto nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, no julgamento da remessa necessária e nos casos em que, junto aos tribunais, o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, a teor dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 955, situações essas em que a manutenção dos votos divergentes é inerente à natureza dos julgamentos.

Na prática, é possível perceber que o projeto do novo CPC aumentou o espectro de possibilidades dos embargos de infringentes, mas com ganho na simplicidade procedimental. Notadamente, deixa-se de lado os debates entre os limites objetivos e subjetivos do atual embargos infringentes, para privilegiar o julgamento com um colegiado maior, sempre que houver sinais de possível divergência.

Essa posição do novo CPC está intimamente ligada às normas constitucionais atinentes ao processo, pois garante mais isonomia nos julgamentos (quanto mais magistrados participam de uma decisão, menores são as chances de que divergências jurisprudências se instalem em um Tribunal), sem qualquer prejuízo ao contraditório e ampla defesa, que estarão assegurados com a possibilidade de nova sustentação oral diante dos juízes convocados.

6 Considerações Finais

Parece-nos, portanto, que embora tenha ganhado força o jargão de que o número de recursos existentes em nosso estatuto processual civil contribui para a demora da prestação jurisdicional, os embargos infringentes são um instrumento que continuará fazendo parte do sistema – mesmo tendo sido extinto o recurso – como técnica de julgamento.

Desta forma, o sistema projetado pela criação da técnica de julgamento prevista pelo art. 955 do Substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados transforma a natureza do instituto, mas estende as suas hipóteses de incidência, contribuindo de forma inteligente para segurança e o acerto das decisões colegiadas sobre mérito – o que, por óbvio, atende à normatividade da Constituição.

6 REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Novas Vicissitudes dos Embargos Infringentes**. Curitiba: Gênese, 2002, n.º 25, p. 519-528.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo, Max Limonad, 1998

BULOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires, EJE, 1964.

CALMON DE PASSOS, João José. **Uma nova teoria geral do processo?** Joinville, Informativo Incijur. Jan. 2004. n.º 54.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo, Malheiros Editores, 11ª ed., 2003.

FAZZALARI, Elio. **Processo: Teoria Generale.** Novíssimo Digesto Italiano. Torino, V, XIII, 1966

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários à Novíssima Reforma do CPC.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JORGE, Flávio Cheim e outros. **A Nova Reforma Processual.** São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LAMY, Eduardo de Avelar. **A Manutenção dos Embargos Infringentes pela Reforma do CPC e a Restrição Indireta Trazida pelo Novo § 4º do art. 515.** Revista de Processo n.º 137. São Paulo: RT, 2006, p. 128 a 133.

_____. **Flexibilização da Tutela de Urgência.** 2ª ed 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: A Volta da Arguição de Relevância? Reforma do Judiciário.** Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. Org. São Paulo: RT, 2005, p. 167 a 180.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1ª ed. 1998.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis.** São Paulo, Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil,** São Paulo, RT, 1998. p. 28.

SHIMURA, Sérgio. Os embargos infringentes e seu novo perfil. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos** – 5ª Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-524.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à Segunda Fase da Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.