

BRUNO AVILA GUEDES KLIPPEL

**EMBARGOS INFRINGENTES E SUA FUNCIONALIDADE
NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Vitória
2006

BRUNO AVILA GUEDES KLIPPEL

**EMBARGOS INFRINGENTES E SUA FUNCIONALIDADE
NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof.^o William Couto Gonçalves

Vitória
2006

BRUNO AVILA GUEDES KLIPPEL

**EMBARGOS INFRINGENTES E SUA FUNCIONALIDADE
NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º Dr.º William Couto Gonçalves
Orientador

Prof.º Dr.º

Prof.º Dr.º

Vitória, 22 de Março de 2006.

A Deus, pela família e amigos que me fazem feliz, sendo, portanto, o maior incentivo que um homem pode ter na busca por seus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Nem nas épocas mais difíceis da vida vocês desistiram do sonho de proporcionar aos filhos a melhor educação possível. A constante luta para que nunca nos faltasse o melhor está sendo recompensada a cada degrau que consigo subir. Aqui estou, “quase Mestre em Direito”, graças à determinação, empenho e luta de Gildazio Klippel e Telma Lais Ávila Guedes Klippel, exemplos de pais que nunca se afastaram dos ideais de dignidade e honestidade e que, por tudo isso, serão sempre lembrados. Espero poder passar aos meus futuros filhos os mesmos ensinamentos, por reconhecer com gratidão, que nos foi dado o melhor. Obrigado por tudo.

Melhor do que fazer um Curso de Mestrado é ter em casa um Mestre, na acepção do termo, como professor particular. Pois bem, tenho a sorte de possuir um, da grandeza de Rodrigo Avila Guedes Klippel, que sempre me incentivou a melhorar cada vez mais. Essa vitória também é sua. À Catarina, minha cunhada-irmã do coração. Seu sorriso ilumina todos nós, fazendo nossa casa muito mais alegre. Valeu Tatá!

Poucos têm a oportunidade de ter duas mães. Mais uma vez a vida sorriu com bons olhos para mim: colocou Mariza em meu caminho. Há quase 26 anos cuidando como se ainda estivéssemos em 02/01/1981, dia em que cheguei em casa diretamente da maternidade.

Ao meu grande amor, Kellen Giuberti Lopes, que com sua alegria, carinho, beleza e inúmeras outras qualidades, conquistou definitivamente meu coração. Poder estar ao seu lado é o melhor presente que recebi. Muito obrigado pelo companheirismo e incentivo constantes. Te amo!

A todos os meus grandes amigos, que certamente estão muito felizes com meu êxito. Não esqueço de nenhum de vocês, nem um minuto sequer. Vocês foram, são e sempre serão parte importante da minha vida. Obrigado pelos momentos maravilhosos e inesquecíveis.

Os responsáveis pelos ensinamentos que me foram passados não podem ser esquecidos. Minha formação acadêmica e escolha da profissão se devem a cada um dos meus diletos professores, em especial, aqueles com quem pude estar mais ligado durante o Curso de Mestrado, assim como: William Couto Gonçalves, Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues.

Não poderia deixar de fora aqueles que me fazem sorrir e estar bem disposto nas segundas-feiras logo pela manhã: meu queridos alunos. Vocês são parte importante em tudo o que está acontecendo em minha vida. Agradeço pelo carinho, atenção e compreensão. Faço menção especial aos alunos da Faculdade Doctum de Guarapari-ES, as “primeiras vítimas”, com quem pude iniciar minha carreira de professor no ensino superior, assim como os passados e atuais alunos da Faculdade UNIVIX / Vitória-ES, pela acolhida maravilhosa.

“A amizade é um amor que nunca morre” (Mário Quintana)

RESUMO

Trata o presente estudo de análise profunda acerca da funcionalidade dos Embargos Infringentes no sistema jurídico-constitucional. Busca-se focar, num primeiro momento, os conceitos de processo justo e a importância dos meios recursais para a realização daquele. Também se visualiza a funcionalidade dos embargos infringentes através de dados estatísticos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, de forma a confrontar determinadas idéias doutrinárias à real utilização da referida espécie recursal. Em um terceiro momento, passa-se à análise de uma teoria geral dos recursos cíveis, de modo a compreender o instituto, analisando seu histórico, conceito, interesses defendidos, pressupostos, além de outros institutos correlatos. Por fim, constituindo a parcela mais significativa da pesquisa, faz-se a análise de uma série de questionamentos surgidos desde o advento do Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, passando-se pelas reformas do Código de 1973, assim como da Lei nº 10.352/01, que trouxeram significativas mudanças legislativas relacionadas ao tema. Com base nessas modificações, verifica-se o real cabimento do recurso, confrontando-se os inúmeros arestos do STJ sobre o tema focado. Aduz-se posição doutrinária acerca do cabimento dos embargos infringentes em mandado de segurança, remessa necessária e agravos, por serem antigas, porém, vivas discussões. Tecem-se todos os posicionamentos doutrinários baseados em obras de juristas nacionais e estrangeiros, assim como em rica jurisprudência dos tribunais superiores.

ABSTRACT

It deals with the present study deep analysis concerning the functionality of the “Embargos Infringentes” in the legal-constitutional system. One searches to focus, at a first moment, the concepts of process just and the importance of the ways to modificate judicial decisions for the accomplishment of that one. Also the functionality of the “embargos” is visualized offenders through statistical data disponibilizados by the “Conselho Nacional de Justiça”, of form to collate definitive doctrinal ideas to the real use of the related specie. At one third moment, it is transferred analyzes of a general theory of the resources civil court jurisdiction, to understand the institute, analyzing its description, concept, defended interests, beyond other correlated institutes. Finally, constituting the parcel most significant of the present study, it becomes analysis of a series of questionings appeared since the advent of the “Código de Processo Civil Brasileiro de 1939”, transferring itself for the reforms of the Code of 1973, as well as of the Law nº 10.352/01, that it brought significant related legislative changes to the subject. On the basis of these modifications, its real uses is verified, collating itself the innumerable judgements of the STJ on the focused subject. Doctrinal position concerning the use of the “embargos” in “mandado de segurança”, “remessa necessária” and “agravos”, for being old, however, alive quarrels. All are weaved the based doctrinal positionings in workmanships of national and foreign jurists, as well as in rich jurisprudence of the superior courts.

SUMÁRIO

<u>1 INTRODUÇÃO</u>	10
<u>1.1 METODOLOGIA</u>	14
<u>2 A BUSCA PELO PROCESSO JUSTO</u>	16
<u>2.1 PROCESSO JUSTO E EFICAZ</u>	17
<u>2.1.1 Eficácia da Jurisdição e função do processo judicial de solução de conflitos</u>	21
<u>2.2 GARANTIAS INDIVIDUAIS E PROCESSO JUSTO</u>	23
<u>2.2.1 O acesso à justiça como garantia do processo justo</u>	23
<u>2.2.2 A atuação imparcial do Juiz e o processo justo</u>	25
<u>2.2.3 A atuação do Juiz na busca pela verdade real e o processo justo</u>	27
<u>2.2.4 O fator tempo e o processo justo</u>	30
<u>2.3 A BUSCA PELO PROCESSO JUSTO ATRAVÉS DO GARANTISMO, FINALISMO E SEGURANÇA JURÍDICA</u>	36
<u>2.4 OS RECURSOS E O CARÁTER GARANTÍSTICO DO PROCESSO</u>	38
<u>2.4.1 Os meios recursais, a segurança jurídica e o processo justo</u>	41
<u>3 TEORIA GERAL DOS RECURSOS</u>	48
<u>3.1 HISTÓRICO</u>	48
<u>3.2 IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS</u>	53
<u>3.3 CONCEITO DE RECURSO</u>	56
<u>3.4 IMPORTÂNCIA DOS RECURSOS E INTERESSES TUTELADOS</u>	60
<u>4 NECESSIDADE E UTILIDADE DOS RECURSOS NO SISTEMA PROCESSUAL, NOTADAMENTE OS EMBARGOS INFRINGENTES</u>	64
<u>5 DOS EMBARGOS INFRINGENTES</u>	73
<u>5.1 HISTÓRICO</u>	73
<u>5.2 CONCEITO</u>	78
<u>5.3 MODIFICAÇÕES TRAZIDAS EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES PELA LEI 10.352/01</u>	81

5.3.1 Restrição ao cabimento dos embargos infringentes; dupla conformidade	83
5.3.1.1 Interpretação ampliativa quanto ao cabimento dos embargos infringentes e garantia da razoável duração do processo.....	87
5.3.2 Ampliação do cabimento para os acórdãos proferidos “em grau de apelação” em contraposição àqueles proferidos “em apelação”.....	89
5.3.3 Dúvidas trazidas pela nova redação do art. 530.....	91
5.3.3.1 Sentença ou acórdão de mérito: inquietações.....	91
5.3.3.2 Reforma e anulação da sentença: cabimento ou não dos embargos infringentes	94
5.3.3.3 Cabimento quando da anulação parcial da sentença	96
5.3.3.4 Juízo de admissibilidade negativo.....	97
<u>5.4 MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 10.352/01, QUANTO À AÇÃO RESCISÓRIA</u>	99
5.4.1 Conceito de ação rescisória.....	100
5.4.2 Juízos rescindens e rescisorium;	101
5.4.3 Significado do termo “houver julgado procedente a ação rescisória”, contido no art. 530 do CPC;	103
<u>5.5 CASOS CONTROVERTIDOS DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES</u>	106
5.5.1 Mandado de segurança.....	106
5.5.2 Remessa Necessária.....	111
5.5.3 Agravo de Instrumento, retido e regimental.....	114
<u>5.6 MODIFICAÇÕES ATINENTES AO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES</u>	120
5.6.1 Juízo de admissibilidade	120
5.6.2 Normas regimentais	122
<u>6 CONCLUSÕES</u>	124
<u>REFERÊNCIAS</u>	133

1 INTRODUÇÃO

“Antes de oferecer uma justiça rápida, mas facilmente falha, o Estado tem o dever de oferecer uma justiça boa, ainda que praticamente lenta. Aquela – raras vezes é justa; esta – raras vezes é injusta”. De posse destas importantes palavras de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA¹, que demonstram que o ideal de celeridade, preconizado pelo art. 5º, inciso LXXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, não deve ser considerado o único valor a ser garantido na relação jurídica processual, inicia-se o estudo que, em síntese, buscará responder se o recurso de Embargos Infringentes contribui para o processo justo ou se é apenas um expediente processual inútil.

Esse será o foco desses estudos. A discussão sobre a funcionalidade dos embargos infringentes existe de muito tempo, desde o Código de Processo Civil de 1939, fazendo-se mais evidente com a aprovação do projeto de lei que se transformou na Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, o nosso atual Código de Processo Civil.

Desde a reformulação do sistema recursal brasileiro, idealizada por Alfredo Buzaid, muitas foram as propostas recebidas no sentido de extirpar o recurso de embargos infringentes da ordem jurídica pátria, em virtude deste ser considerado inútil, tal como um segundo tempo da apelação, contribuindo para a procrastinação do feito, indo de encontro, portanto, à eficácia e justiça da decisão estatal.

A referida discussão não terminou com o advento do novo Código de Processo Civil, uma vez que as mesmas propostas novamente foram lançadas sobre o projeto de lei que culminou com a promulgação da Lei nº 10.352/01, alteradora dos artigos 530 a 534 do diploma processual, atinentes ao recurso de embargos infringentes.

¹ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 139.

Profundas modificações foram sentidas no que tange ao cabimento do referido recurso, restringindo-o, sem, porém, excluí-lo do sistema. Em vista das constantes propostas de importantes doutrinadores² no sentido de excluir definitivamente o recurso do sistema e a escolha legislativa pela manutenção do mesmo, surge a dúvida que aqui se busca aclarar, qual seja: os embargos infringentes são modalidade recursal inútil, desnecessária ao sistema ou importante para se alcançar o que se convencionou denominar de processo justo?

Para se chegar à conclusão acerca do questionamento supra, tecem-se, no segundo capítulo, considerações sobre o que se entende por processo justo. Alcança-se o resultado pretendido através da análise das principais garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, em especial, no que se refere aos recursos, chegando à conclusão acerca do conceito de processo justo, assim como sua importância para a sociedade. Ao final do tópico que se referencia, serão feitas considerações quanto à importância dos recursos para a manutenção do sistema de garantias processuais, que permitem aos cidadãos o acesso efetivo à tutela jurisdicional justa.

O terceiro capítulo será dedicado ao estudo da teoria geral dos recursos e a sua importância para se chegar a um resultado justo, pretendido pelo Estado e pela lei processual. Estuda-se o histórico dos recursos, assim como seu conceito, demonstrando que os mesmos, assim como os demais sucedâneos recursais, buscam garantir aos cidadãos um resultado correto, assegurando-se aos litigantes a esmerada aplicação do direito objetivo, fazendo-se, ainda, com que os princípios processuais referentes aos recursos sejam respeitados.

O quarto capítulo será utilizado para analisar dados estatísticos coletados e disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça no que tange aos recursos, nas várias esferas do Poder Judiciário, notadamente Justiça Estadual e Federal. O aludido Conselho cuidou de reunir dados, dentre outros assuntos, sobre taxa de recorribilidade e reforma das decisões judiciais. No “Relatório Anual 2005”,

² Já se posicionaram contra o referido recurso Pedro Batista Martins e Egas Moniz de Aragão.

documento disponibilizado em www.cnj.gov.br, tem-se a divisão entre taxa de recorribilidade *interna* e *externa*, representando a primeira os recursos cujos juízos de admissibilidade e mérito são realizados dentro do mesmo órgão jurisdicional, tanto em 1º quanto em 2º graus de jurisdição. Assim sendo, exemplificando, os embargos de declaração são considerados para efeito de recorribilidade interna. Por sua vez, a taxa de recorribilidade *externa* relaciona-se com os recursos julgados no mérito por órgão hierarquicamente superior, tais como as apelações, agravos, dentre outros. Interessa ao nosso estudo a análise de taxa de recorribilidade interna em 2º grau de jurisdição, porque aqui se encontram dados que, mesmo não sendo exclusivos acerca do recurso de embargos infringentes, a ele fazem referência. Da mesma forma interessam os dados relativos à taxa de reforma das decisões no 2º grau de jurisdição, por comportarem os julgamentos proferidos em embargos infringentes.

Tais dados serão confrontados com as idéias trazidas no capítulo 5, quando analisados os casos de cabimento do recurso de embargos infringentes, assim como a conclusão pela sua manutenção ou retirada do mesmo do sistema.

O quinto capítulo, que precede às conclusões, será dedicado ao estudo específico dos embargos infringentes em toda sua extensão, de forma a saber seu conceito, importância, histórico e cabimento, em especial, com o advento da Lei nº 10.352/01. Trazem-se os entendimentos doutrinários sobre a matéria, assim como o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que se adianta, pugna pela interpretação restritiva do art. 530 do CPC, culminando com a restrição ao cabimento dos embargos infringentes. Ainda nesse tópico, tenta-se solucionar antigas, mas inquietantes dúvidas acerca do cabimento do referido recurso no procedimento do mandado de segurança, na remessa necessária e em sede de agravos, retido, por instrumento e regimental, por entender-se serem relevantes para as conclusões que se irá traçar.

Percebe-se que buscam equacionar os meios recursais, notadamente os embargos infringentes com o tempo de duração dos processos, ainda mais com a

constitucionalização da garantia do tempo razoável do processo (art. 5º, LXXVIII CRFB/88). A grande preocupação dos doutrinadores e do legislador na última década diz respeito à demora excessiva dos processos, em especial, nos tribunais, por conta do número excessivo de recursos à disposição das partes e do procedimento lento nos tribunais superiores. Tal preocupação mostrou-se em 1994, com a primeira onda reformadora do processo e em 2001/2002, com a edição das leis nº 10.352, 10.358 e 10.444, que realizam profundas modificações, em especial, no sistema recursal, cuja complementação se faz, agora, com a implementação das Leis nº 11.187/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06, formando o que se está convencendo chamar *terceira etapa da reforma processual*.

Como forma de afirmação do pensamento do legislador infraconstitucional, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, fez incluir no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, atinente aos direitos e garantias individuais, o inciso LXXVIII, garantindo a todos, no âmbito administrativo ou judicial, o direito à razoável duração do processo. Desde já, salienta-se que as idéias expostas pelo autor em momento algum contrastam como a referida garantia. A interpretação ampliativa dos dispositivos legais inerentes ao recurso de embargos infringentes não maculam a referida garantia, uma vez não se tratar do único direito constitucionalmente garantido no processo, contrastando-se com o mesmo a garantia imperativa do devido processo legal. Mais uma vez afirma-se: a criação, utilização e interpretação ampliativa de dispositivos legais acerca de mecanismos de proteção aos litigantes não colide com a garantia estampada no art. 5, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, pois não se busca um processo célere acima de tudo, e sim, um meio termo entre rapidez na tramitação processual e possibilidade de utilização dos expedientes processuais cujo objetivo maior é a correção das decisões judiciais.

O sexto capítulo, por sua vez, trará as conclusões advindas dos estudos empreendidos, versando sobre o processo justo, teoria geral dos recursos, dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, manutenção ou

extirpação do recurso de embargos infringentes e aspectos atuais e polêmicos sobre o mesmo.

A dissertação tem como última parte, as referências bibliográficas utilizadas, destacando-se os livros que fazem referência ao CPC/39, assim como autores com importante participação no cenário nacional e os estrangeiros, principalmente europeus, por sofrer nosso processo civil grande influência dos mesmos.

1.1 METODOLOGIA

O presente estudo tem por problema definir se o recurso de embargos infringentes é modalidade recursal inútil, desnecessária ao sistema ou importante para se alcançar o que se convencionou denominar de processo justo. Para tanto, buscaremos através de pesquisa bibliográfica e documental as informações adequadas e necessárias, de forma a esclarecer o leitor acerca da polêmica questão.

O primeiro capítulo reserva-se à presente introdução e análise do método científico utilizado. Como segundo capítulo, analisamos o conceito de processo justo; o terceiro é reservado à teoria geral dos recursos; o quarto concentrará dados sobre taxa de recorribilidade e reforma no Poder Judiciário e análise doutrinária sobre a necessidade de manutenção ou extirpação do recurso do sistema recursal; o quinto capítulo versa sobre o cabimento do recurso, assim como a interpretação ampliada do dispositivo legal pertinente à espécie, indo de encontro ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, a teor de suas decisões mais recentes, demonstra a interpretação restritiva do art. 530 do CPC. Concluir-se-á o estudo através da análise de cada ponto focado no presente estudo.

Utilizar-se-á uma forma de abordagem dialética, na qual, a partir da contraposição de tese e antítese, serão buscadas conclusões que atendam aos objetivos propostos.

As técnicas de pesquisa a serem utilizadas são: bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será efetuada em livros e periódicos especializados, sobretudo, em direito processual civil, entre autores nacionais e estrangeiros. Dentre os nacionais, destacamos José Carlos Barbosa Moreira e Flávio Cheim Jorge. Dentre os estrangeiros, merecem destaque os Italianos, em especial, Enrico Tullio Liebman.

Já a pesquisa documental far-se-á através da consulta a dados estatísticos ofertados pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu site www.cnj.gov.br, fruto da atividade judiciária brasileira no ano de 2004. Salienta-se que tais estatísticas foram disponibilizadas no corrente ano, não existindo outros dados oficiais mais atualizados.

O referencial teórico será a doutrina de William Couto Gonçalves, cujas idéias são importantes para a formulação dos conceitos de processo justo e jurisdição eficaz, assim como para a demonstração do caráter garantístico dos meios recursais.

A utilização do método científico e referencial teórico não se demonstra exaustiva, e sim, serve para guiar o leitor ao longo do trabalho, de forma a que não se criem dúvidas acerca da finalidade do estudo ora empreendido. Não se busca uma resposta definitiva sobre a funcionalidade dos embargos infringentes no sistema recursal brasileiro. Não há que se concluir pela retirada ou manutenção do mesmo. Somente será demonstrado aquele que consideramos o melhor pensamento, tudo de acordo com os dados e doutrinas analisados.

A utilização do referencial teórico tem por intuito sedimentar aspectos relevantes na construção do pensamento base do presente estudo. A utilização de obras antigas visa demonstrar o pensamento doutrinário reinante à época do CPC/39, atingindo-se a criação do CPC/73, passando pela Lei nº 10.352/01, chegando até o ano de 2006. Neste ponto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

será de fundamental importância, por ser este o órgão incumbido de interpretar as leis federais, no caso, o Código de Processo Civil, que disciplina o cabimento do recurso, expurgando do sistema a incômoda existência de decisões divergentes.

2 A BUSCA PELO PROCESSO JUSTO

A própria essência dos recursos leva o pesquisador, obrigatoriamente, a fazer comentários quanto à segurança jurídica e o tempo do processo. Esses dois assuntos encontram-se umbilicalmente ligados ao tema do “processo justo”, razão pela qual busca-se analisar alguns aspectos relevantes sobre a temática, chegando-se ao final, a conclusões sobre o significado da expressão *processo justo*.

A sua busca passa, inevitavelmente, pelas garantias constitucionais do processo, assegurados a todos os litigantes. Dizer que se deve buscar sempre a noção de processo justo enseja afirmar que se devem respeitar as garantias processuais existentes, dentre elas, o tempo razoável do processo.

Pode-se citar que o grande foco de discussão acerca da existência dos recursos repousa sobre o tema *tempo*³. Os recursos são apontados como os grandes vilões pela demora no trâmite processual, o que não pode ser aceito sem as devidas ressalvas.

Nos tópicos seguintes serão analisadas as principais garantias processuais que devem ser respeitadas, ou seja, estarem presentes em todo o curso do processo, em especial, por se encontrarem intimamente ligadas ao tema e à discussão que será traçada na presente dissertação.

³ Por todos, verificar os ensinamentos de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, em **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

2.1 PROCESSO JUSTO E EFICAZ

Muito se discute sobre a função do processo, sua necessidade de adequação às novas gerações de direitos e à sua forma de efetivação. Por exemplo, grandes são as tentativas de sistematização de procedimento de urgência, em especial, a tutela antecipada e a cautelar⁴, de forma a proporcionar a maior eficácia possível na entrega da tutela jurisdicional⁵.

O maior entrave à entrega eficaz da tutela jurisdicional chama-se tempo. O tempo do processo surge como o pesadelo dos processualistas, que se vêem obrigados a criar novos e ágeis procedimentos, em pensar cada vez mais em reformas legislativas, em especial, do Código de Processo Civil. Do pensamento acerca da morosidade do processo, nasce o embate entre o tempo e a segurança jurídica.

Dos estudos a respeito de qual dos dois valores deve ser beneficiado, expandiu-se a preocupação com o processo justo, sobre o conceito de justiça para o direito processual e quais garantias processuais e constitucionais que embasam o referido pensamento.

LEONARDO GREGO⁶ reuniu com clareza solar todos os pontos e aspectos necessários à compreensão do tema, declarando ser a decisão justa uma das garantias fundamentais do processo.

Segundo bem se posiciona o supracitado autor, sendo uma garantia fundamental, o processo justo está intimamente ligado à dignidade humana, devendo o Estado prestar a Jurisdição da forma mais eficaz possível, utilizando-se de *“regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados”*, sendo *“um meio justo para um fim justo”*.

⁴ Sobre o tema, verificar o livro de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).

⁵ Recomenda-se ler sobre o assunto o seguinte artigo: MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

⁶ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br . Acesso em 12 de janeiro de 2006.

Em síntese, pode-se afirmar que a tutela jurisdicional eficaz é aquela exercida e disciplinada *“através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos”*.

Verifica-se que tal pensamento não se restringe apenas ao ordenamento processual brasileiro, espalhando-se também por outros continentes, em especial, o Europeu e o Norte-Americano. No território Europeu pode-se destacar a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Constituição Italiana⁷. Esta última, em seu art. 111⁸, propugna:

“Art. 111: A Jurisdição atua mediante o justo processo regulado pela lei. Todo processo se desenvolve perante o contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de um julgador imparcial. A lei assegura a duração razoável do processo”. **(Tradução Nossa)**

Pode-se perceber que o recém reformado art. 111 da Constituição Italiana⁹ faz menção a todos os importantes aspectos da tutela jurisdicional, suas garantias constitucionais de acesso e participação ativa dos sujeitos do processo. Faz referência ao processo justo, ao princípio e garantia constitucional do contraditório, importantíssimo para a justa composição do litígio, à condição de paridade perante o juiz, ou seja, reafirma o princípio da isonomia e o dever do juiz de tratar as partes com isonomia, conforme estatui o art. 125 do Código de Processo Civil Brasileiro, além de discorrer sobre a necessidade de imparcialidade do julgador e o direito à duração razoável do processo, tal como descrito em nossa Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

⁷ Disponível em www.camera.it

⁸ "Art. 111: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le part, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata."

⁹ L. Cost. 23 novembre 1999, n° 2, art.1

ITALO AUGUSTO ANDOLINA descreve com absoluta propriedade *que*:

“Como se sabe, em verdade, a Carta Constitucional individualizou alguns requisitos que devem caracterizar o procedimental instrumental para aplicação da jurisdição. A presença de tais elementos é, portanto, indispensável e necessária em quaisquer procedimentos que queiram manter-se constitucionalmente jurisdicionais. Os pontos nodais desse modelo (modelo não rígido, mas, ao contrário, útil e dinâmico, fruto de constante leitura e releitura durante a evolução do ditado constitucional), designados pelo constituinte, são: a) o direito ao acesso à justiça; b) direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas entre as partes; d) a independência e imparcialidade do juiz; e) a obrigação de motivação das decisões judiciais; f) a instituição da legitimidade para pleitear perante a Corte de Cassação sobre os provimentos jurisdicionais decisórios (não impugnáveis por outros meios)”. (Tradução Nossa).

Segundo WILLIAM COUTO GONÇALVES¹⁰, o que se espera da Jurisdição é que a mesma atue de forma eficaz, expurgando o fato social conflituoso, substituindo-o por uma decisão justa, emanada do Estado-Juiz ao atuar seu poder-dever-função.

Por fim, demonstrando o legislador brasileiro a mesma preocupação em prever na Carta Constitucional norma análoga, fixa a importância de se assegurar a duração razoável do processo. Percebe-se que o legislador pátrio abeberou-se do dispositivo da Constituição Italiana, supra transcrito, para criar o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, inserto pela Emenda Constitucional nº 45.

Ainda sobre a eficácia do processo como forma de propiciar a tutela jurisdicional justa, ou seja, o processo justo, LUIZ GUILHERME MARINONI¹¹ assevera que:

¹⁰ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 95.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 10 nov. 2005.

“A sua importância, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito”.

Em uma síntese acerca da importância do tempo para o processo, verbalizada nas Constituições Italiana e Brasileira, o aludido autor enfatiza que:

“Importa, ainda, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz”¹².

Como síntese do presente tópico, pode-se afirmar, utilizando-se do pensamento extraído da obra de WILLIAM COUTO GONÇALVES¹³, que *“o processo Judicial de Solução de Conflitos, pela jurisdição que nele se faz, visa à segurança jurídica e esta, por seu turno, só se alcança com uma jurisdição específica e eficaz”.*

Antes de adentrar-se na análise das garantias individuais que visam obter, via processo um resultado justo, veja-se a importante síntese realizada por AUGUSTO M. MORELO¹⁴:

“De maneira que, em tais casos, nenhuma pessoa poderia ser objeto de sanção, sem que seu caso tivesse sido julgado por

¹² ¹² MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 10 nov. 2005.

¹³ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 96.

¹⁴ MORELO, Augusto M. **El Proceso Justo: Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos**. Buenos Aires: Platense, 1994. *“De manera que, en tales supuestos, ninguna persona podría ser objeto de sanción, sin que su caso hubiera sido considerado por funcionarios imparciales; sin que hubiese sido notificada de la existencia del proceso que se le seguía, y, además, se le diera oportunidad (efectiva) de ser oída y de probar de algún modo (útil y pertinente) los hechos que creyere conducentes a su descargo”*

*peças imparciais; sem que tivesse sido informada da existência do processo e, além disso, que se tenha dada oportunidade (efetiva) de ser ouvida e de provar de algum modo (útil e pertinente) os direitos que acreditava conduzir à sua absolvição”.***(Tradução Nossa)**

2.1.1 Eficácia da Jurisdição e função do processo judicial de solução de conflitos

Antes de partir-se para a análise das garantias individuais que devem estar presentes naquilo que se considera processo justo, deve-se fazer breves comentários sobre a jurisdição, em sua etapa específica e eficaz, nos dizeres de WILLIAM COUTO GONÇALVES¹⁵ e a função do processo judicial de solução de conflitos.

Segundo o supracitado autor, o poder-dever-função estatal de solucionar os conflitos de interesses, denominado Jurisdição, transmuda-se desde sua provocação até sua fase final, em três diferentes etapas, a saber: *genérica e abstrata, restrita e materializada e específica e eficaz*. Esta última etapa, objeto desta análise, caracteriza-se por compreender “*o momento em que, trabalhada nos limites restritos do processo que se instaurou e que a garantiu operacionalizada, responde ao pedido (contencioso ou voluntário) tornando-se assim específica daquele caso e fazendo-se eficaz na medida em que atua na situação de fato que a fez provocada*”. Importante distinção semântica há que se fazer entre os termos *efetivo* e *eficaz*. Com propriedade, o aludido autor não faz referência a processo efetivo, como grande parte da doutrina pátria, e sim, a processo eficaz, na medida em que não interessa ao Estado, detentor do poder-dever-função, nem ao cidadão, que espera a solução do conflito, uma jurisdição

¹⁵ Vide os ensinamentos constantes em **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

tão somente efetiva, e sim, eficaz. Efetiva, no entendimento do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa significa “*que realmente se cumpriu ou produziu*”, “*que realmente se exerce*”, ou ainda, “*possível de ser utilizado para um fim*”.¹⁶ Pode-se concluir, portanto, que a jurisdição efetiva é aquela que pode ser utilizada para a satisfação do direito, para a solução do conflito, podendo produzir os efeitos dela esperados.

Ocorre que a jurisdição deve ser mais que efetiva. Não basta ser possível de utilização, sob pena de tornar-se inócua caso não tenha como resultado o pretendido pela norma jurídica. Mais do que efetiva, a mesma deve ser eficaz, no sentido de *realmente produzir os efeitos que dela se espera*. O termo eficaz traz a idéia de *seguro, válido, ativo, infalível, útil*, ou de forma mais abrangente e que se coaduna com o ideal de justiça, “*cuja vontade ou ação resultam num efeito; que realiza perfeitamente bem determinada tarefa ou função; capaz, produtivo*”.¹⁷

O ideal de justiça se coaduna tão somente com a idéia da eficácia, no sentido de produtora de efeitos concretos, desejados pelo ordenamento jurídico, efeitos estes úteis à solução do conflito. Tais idéias vão ao encontro do que é ensinado por WILLIAM COUTO GONÇALVES¹⁸, quando afirma:

“Tem-se agora a jurisdição específica e eficaz. É a etapa final da jurisdição que satisfaz o significado mais amplo de tutela jurisdicional”.

Sabe-se que o termo tutela jurisdicional compreende a proteção dada pelo Estado-Juiz a todos aqueles que, provocando-o, requerem a solução do conflito apresentado. Tal proteção não deve ser apenas efetiva, no mesmo sentido em que o processo que se diz efetivo pode não ser eficaz. Assim entendemos, pois processo efetivo é aquele que existe, com seus sujeitos processuais, realizando seus atos em contraditório, conduzidos pela marcha procedimental. Porém, tal

¹⁶ <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=efetivo&styp=k>

¹⁷ <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=eficaz>

¹⁸ GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 44

processo somente poderá ser adjetivado de *eficaz* caso, ao seu término, o direito tenha sido entregue ao seu titular; a lesão tenha sido eficazmente reparada ou coibida. O Estado, através da jurisdição, pode fazer-se presente por meio de um processo *efetivo*, que venha a alcançar seu fim. Porém, sua decisão, caso acoimada pelo vício da ineficácia, certamente frustrará direitos, descumprirá normas e invalidará garantias, “(...) *tornando incertos os caminhos da jurisdição e a busca de justiça*”.¹⁹

2.2 GARANTIAS INDIVIDUAIS E PROCESSO JUSTO

Não se pode conceber processo justo sem garantias individuais mínimas. Assim sendo, mister se faz analisar tais garantias, em especial, acesso à justiça, imparcialidade do juiz, ampla defesa, contraditório, inércia, motivação, duplo grau de jurisdição, dentre outras tão importantes.

2.2.1 O acesso à justiça como garantia do processo justo

Como todos os seres, animados ou não, o processo nasce, se desenvolve e morre. Assim como um ser humano, se quer que o processo possa nascer, desenvolver-se sadiamente e alcançar seu fim normal, justo. Então, pensar em processo justo implica dizer a possibilidade de ser iniciado, no seu desenvolvimento válido e regular, chegando-se ao seu fim conforme o direito. Impossível pensar no fim justo do processo sem atentarmos para o seu início, para o acesso ao processo. Será que basta proporcionar um desenvolvimento e término justos e adequados para o mesmo, ou faz-se necessário também propiciar meios adequados para o acesso a este meio de solução de conflitos?

¹⁹ Carmen Lúcia Antunes Rocha, citada por William Couto Gonçalves in **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 51.

Fala-se do acesso à justiça, ou ainda, acesso justo ao Poder Judiciário, pois não se busca qualquer acesso, e sim, aquele que cumpra sua função constitucional de assegurar a todos a defesa contra violações em seu patrimônio jurídico. A Constituição da República Federativa do Brasil, ao afirmar em seu art. 5º, XXXV, “*que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao Direito*”, não está se referindo a um acesso à justiça qualquer, e sim, o acesso possível a todos os cidadãos que se sintam ameaçados em seu direito ou que já tenham tido efetivamente uma violação. Ao se preocupar com o acesso *justo* à justiça, o legislador constitucional o previu para pobres, ricos, alfabetizados, analfabetos, moradores de metrópoles ou regiões longínquas. O fez indiscriminadamente para todos.

Somente pode-se pensar em processo justo se o seu início assim se der. Salienta-se que tal acesso não é preocupação exclusiva do legislador brasileiro, tampouco contemporânea. Desde 1789, quando da Declaração dos Direitos do Homem, já havia a preocupação com a garantia efetiva dos direitos dos cidadãos. Pode-se perceber da leitura do art. 16 da referida Declaração de Direitos: “*toda sociedade na qual a garantia dos direitos e a separação dos poderes não são asseguradas não tem Constituição*”.

Garantir o acesso à justiça não é só “abrir as portas” do Judiciário para o pobre, analfabeto, e sim, propiciar o direito daquele que demanda ou é demandado, de influir na atividade jurisdicional, utilizando-se do contraditório, que será analisado de forma um pouco mais complexa no momento oportuno, contribuindo para que todo o procedimento possa ser considerado justo. A presente idéia, como percebido, se coaduna com o texto do art. 111 da Constituição Italiana, ao falar em isonomia e possibilidade de contraditório (participação), com vistas à realização do processo justo.

Proporcionar o acesso à justiça é, em primeiro lugar, demonstrar aos jurisdicionados que o Estado tem condições de lhes fornecer uma resposta justa, em espaço de tempo razoável, motivando-os a buscar a solução do conflito

através do Poder Judiciário. Para que tal pensamento deixe de ser uma utopia e possa ser realmente visto em nosso dia-a-dia, imprescindíveis se mostram as reformas institucionais, a capacitação dos Magistrados e a melhora nas condições físicas do trabalho. Nesse sentido, são as palavras de WILLIAM COUTO GONÇALVES²⁰:

“(...) inalcançável a especificidade e a eficácia da jurisdição quanto ao Poder Judiciário, na medida em que descarta a melhor técnica de interpretação dos textos legislados, menoscabando aplicação mais sistemática dos princípios estatuídos pelas escolas sobre a atividade jurisdicional, a par das apoucadas condições materiais, físicas, inclusive relacionadas com os recursos da informática, que permitam desenvolver um trabalho célere”.

2.2.2 A atuação imparcial do Juiz e o processo justo

Para a garantia de um processo justo não basta proporcionar às partes o acesso à justiça, e sim, fazê-lo de forma imparcial, dando-lhes a certeza que estarão diante do Estado-Juiz, equidistante das partes, tratando-as com igualdade e sem interesses particulares no conflito que ali se põe. Independentemente de quem sejam os litigantes, o Estado-Juiz pautará sua atuação de forma a aplicar o direito objetivo, concedendo-o àquele que realmente está amparado pela lei. LEONARDO GRECO²¹ distingue a atuação do Estado-Juiz e do Estado-Administrador tendo por base a imparcialidade que é inerente ao primeiro. São estas as palavras do autor:

“Justamente o que distingue a jurisdição da administração é esse desinteresse objetivo, essa indiferença do Estado-juiz em que o

²⁰ GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

²¹ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 12 de janeiro de 2006, p.5.

resultado da sua atividade seja este ou aquele, enquanto que o administrador é sempre parte, agindo sempre no interesse do Estado ou da coisa pública”.

Não apenas o juiz deve ser imparcial e sim, todos os sujeitos estatais do processo, conforme estatui o art. 138 do CPC. Dizer que tais sujeitos agiram de forma imparcial significa que a decisão ou parecer por eles proferido visa tão somente ao interesse do Estado, qual seja, a correta aplicação da lei, independente de quem são as partes ou qualquer outra situação relacionada a elas. MONTERO AROCA, citado por LEONARDO GRECO²² enfatiza esse ponto de vista afirmando que *“a imparcialidade é essencialmente subjetiva, embora a lei procure descrever situações que objetivamente a comprometem ou podem comprometê-la”*. São os casos de impedimento e suspeição listados nos art. 134 e 135 do CPC, em que há a presunção de parcialidade daqueles descritos no art. 138 (Juiz, Promotor, Perito, etc.), pela relação entre eles e as partes ou o litígio.

Certamente o ideal de justiça, de processo justo, não seria alcançado caso o julgamento fosse proferido por Magistrado inimigo de uma das partes. Não que obrigatoriamente o julgamento restará viciado, mas há uma grande possibilidade de quebra da imparcialidade e o sistema quer evitar tal acontecimento, criando a oportunidade de reconhecimento *ex officio* da suspeição ou impedimento e mesmo dotando as partes de meio processual adequado, qual seja, a exceção de impedimento e suspeição.

Em uma síntese perfeita acerca do tema, LEONARDO GRECO²³ afirma que *“o juiz não pode ser encerrado em uma redoma. Ele lê jornais, ele participa de conversas privadas, ele recebe em particular pessoas que lhe manifestam opiniões sobre causas que vai julgar”*.

²² GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br . Acesso em 12 de janeiro de 2006, p.6.

²³ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br . Acesso em 12 de janeiro de 2006, p. 7

2.2.3 A atuação do Juiz na busca pela verdade real e o processo justo

Por longo tempo, ouviu-se falar que o direito processual civil buscava a verdade formal, enquanto que o processo penal preocupava-se com a verdade real. Nesse sentido, o processo civil não deveria se preocupar com os acontecimentos no mundo dos fatos e sim, com aquilo que fosse trazido ao processo pelas partes. Importante salientar que a produção das provas era matéria unicamente ligada às partes, não devendo o Magistrado influenciar na produção das mesmas, nem propor sua produção.

Esse pensamento não mais se coaduna com a moderna teoria acerca dos escopos do processo e da iniciativa probatória do Juiz. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE²⁴ define que a busca pela verdade formal não atende ao escopo maior do processo, qual seja, de aplicar com justiça a norma jurídica ao caso concreto, uma vez que a verdade formal pode ser uma mentira levada ao processo e lá tornada verdadeira. Vejamos as palavras do eminente professor paulista:

“Se a jurisdição é atividade estatal destinada à atuação da lei; se a ação é o poder de estimular essa atividade e fazer com que ela atinja seu objetivo; se a defesa é pressuposto da legitimidade do provimento e imprescindível à correta imposição da norma ao caso concreto, o processo, palco em que essas três atividades se desenvolvem, deve ser considerado o meio através do qual se visa a um provimento justo, ou seja, que represente a correta formulação e imposição da regra concreta”.

Verifica-se que a atividade instrutória oficial, realizada pelo Juiz no processo, contribui e mais, torna-se essencial para a concreção do ideal de Justiça, que

²⁴ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

alude à obrigação do Estado em aplicar corretamente a norma jurídica ao caso concreto que lhe é levado.

Percebe-se que, cada vez mais, os institutos fundamentais de direito processual civil (ação, jurisdição e processo) tendem à sua publicização, tendo efeitos importantes no que tange à atuação do Juiz. Este passa a ser considerado mais ativo em sua postura frente ao descobrimento da verdade, porque ao Estado não interessa homologar uma mentira criada dentro da relação processual, o que pode acontecer na busca pela verdade formal e sim, buscar esclarecimentos acerca dos fatos, como novamente afirma BEDAQUE²⁵:

“Com o pleno desenvolvimento de suas atividades, as partes, obviamente, procuram trazer para os autos prova dos fatos que lhes favoreçam. Tudo aconselha, portanto, que também o juiz se comporte ativamente, buscando esclarecer por completo a situação de direito material. Muitas vezes, e por razões várias, apenas a iniciativa das partes é insuficiente para tanto”.

A busca pela verdade real, como única forma de se chegar à solução justa da lide, exige a participação ativa do Juiz em todo o procedimento, inclusive na produção das provas, à luz do que determina o art. 130 do CPC, acerca dos poderes instrutórios do juiz. Esse não se encontra limitado aos requerimentos das partes, podendo requerer provas e diligências que se façam necessárias ao descobrimento da verdade e ao seu convencimento. Sobre o assunto, importante se fazer menção às palavras de SALVATORE SATTA e CARMINE PUNZI²⁶, nos seguintes termos:

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

²⁶ SATTA, Salvatore. PUNZI, Carmine. **Diritto Processuale Civile**. 13 ed. Cedam: Padova, 2000, p. 182. *“Ció non toglie che il giudice possa, nella sua attività di direzione del processo, manifestarse l’esigenza che a prova sai data co determinati mezzi, e quindi disposta, come suol dirsi, d’ufficio: ma questa esigenza non é in contrasto col principio del contraddittorio”.*

“Não se pode evitar que o juiz possa, na sua atividade de direção do processo, manifestar-se sobre a exigência da prova ser realizada por determinados meios e, mesmo dispensada, como se diz, de ofício, mas essa exigência não pode ir de encontro ao princípio do contraditório”. (Tradução Nossa)

Deixar de ser sujeito passivo na relação processual, passando a praticar atos tendentes ao descobrimento da verdade. Essa é a atuação que se espera dos juizes e que não faz com que os mesmos percam sua imparcialidade. Tal ponto foi analisado com acuidade por SERGIO LUIS WETZEL DE MATTOS²⁷.

Não há que se falar em quebra de imparcialidade do juiz que assume função ativa na produção das provas, pois não está esse a beneficiar autor ou réu²⁸ e sim, está exercendo corretamente a função que lhe foi atribuída pelo Estado, qual seja, trazer de volta a paz social, interrompida com o surgimento do conflito, sendo que a única forma de resolução do referido conflito é a entrega da prestação jurisdicional justa.

Como limitações aos poderes instrutórios do Juiz, temos, segundo JOÃO BATISTA LOPES²⁹ a impossibilidade de alteração da *causa petendi* pelo mesmo e o respeito ao princípio do contraditório. A busca pela verdade real, possibilitada pelos amplos poderes instrutórios do juiz deve ater-se aos fatos e fundamentos trazidos pelas partes. Tais elementos da ação não podem ser modificados, substituídos, incluídos ou retirados pelo Magistrado. Tal conduta seria contrária ao sistema processual, desafiando a regra sobre da estabilização objetiva da demanda, prevista nos artigos 164 e 194 do CPC. JOSÉ ROBERTO DOS

²⁷ MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Da iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24.

²⁸ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66: “É clássica, no direito brasileiro, a posição de MOACYR AMARAL SANTOS no sentido de que, na atividade probatória, exerce o juiz função meramente supletiva ou complementar. Assim, só quando a prova nos autos gerasse dúvida ou perplexidade no espírito do julgador é que ele poderia determinar providencias para sua complementação, como, por exemplo, a conversão do julgamento em diligência, a inquirição de testemunhas referidas, a requisição de documentos e órgãos públicos, etc.”.

²⁹ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.70.

SANTOS BEDAQUE³⁰ afirma que a atuação do juiz deve ater-se aos limites objetivos da demanda, determinados pelas partes, fazendo alusão ainda à necessidade de respeito ao contraditório e à motivação das decisões, nos termos do art. 93, IX da CF/88.

2.2.4 O fator tempo e o processo justo

“Mas a noção de jurisdição eficaz só se perfaz no tempo em medida. Tempo em medida, no caso, é o que convencionamos relacionar com o prazo razoável”. Com essas brilhantes palavras de WILLIAM COUTO GONÇALVES³¹, inicia-se o estudo acerca do tempo no processo e sua relação para com o processo justo.

Talvez a maior discussão sobre o processo justo esteja intimamente ligada ao fator tempo, que tanto atormenta os operadores do direito e, principalmente, as partes, que se sentem desprotegidas, uma vez que o Estado não consegue fornecer uma decisão em tempo razoável, o que não se mostra justo. Uma decisão justa, correta aos olhos da lei, pode não o ser para a parte, caso não lhe seja mais útil em virtude do grande lapso temporal entre a provocação do Poder Judiciário e sua resposta em definitivo.

Por outro lado, um processo rápido, célere, não é suficiente para se formular uma decisão justa, pois, dependendo do grau de complexidade de causa, são necessárias várias medidas judiciais e provas também complexas, que demandam um tempo mínimo para que o juiz possa formar sua convicção sem erros *in judicando* ou *in procedendo*.

Verifica-se que o legislador passou a atentar para o problema da morosidade da justiça, criando institutos importantes e que trouxeram resultados práticos notáveis

³⁰ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 154.

³¹ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 172.

a partir de 1994, com a edição da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro daquele ano. A referida lei modificou a redação do art. 273 do CPC, criando a tutela antecipada genérica, para todos os procedimentos, desde que exista prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte. Desde então, tal instituto da tutela antecipada genérica, vem sendo corriqueiramente utilizado pelos operadores do direito, como forma de garantir a utilidade e efetividade do processo, proporcionando às partes a fruição do direito discutido em litígio sem necessidade de espera do provimento jurisdicional final.

Já se tinha, então, em nível infraconstitucional, norma adequada a garantir o direito das partes, antecipando os efeitos do provimento final. Faltava, porém, norma constitucional expressa acerca da matéria. Tal norma foi criada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. A referida EC incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, criando, portanto, mais uma garantia individual, nos seguintes termos:

“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Versando sobre o tema, PAULO HOFFMAN³² nos diz que *“trata-se de um marco na história recente do Poder Judiciário que, apesar das dificuldades iniciais de implementação e das críticas que se possa fazer à emenda, deve colaborar para o aprimoramento do sistema como um todo”.*

A demora na realização dos atos processuais ou nas palavras de WILLIAM COUTO GONÇALVES³³, a dilação indevida, pode ser causada por ações ou omissões, sendo as primeiras geralmente atribuídas às partes, quando litigam de

³² HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

³³ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 176.

má-fé, nos termos dos arts. 14 a 18 do CPC; e as segundas ligadas aos Juízes, que em sua inatividade, comprometem a resolução do conflito, dilatando o fim do processo. Nas palavras do citado autor:

“Na omissão tem-se a inatividade, também conhecida por dilação persistente. Esta se dá sempre quando toca ao órgão jurisdicional (aqui o julgador) uma conduta processual que ele não pratica”.

Não se trata de problema vivido unicamente em nosso país, sendo verificado também em países europeus, em especial Itália. Naquele país, conforme nos informa o autor supracitado, fala-se bastante sobre o direito a ser indenizado pela duração exagerada e injustificada do processo judicial de solução de conflitos. Giuseppe Tarzia mostra-se favorável às indenizações, mesmo como forma de induzir o Estado a prestar o ofício jurisdicional dentro de um prazo razoável. Segundo PAULO HOFFMAN³⁴:

“Atentos à realidade e à preocupação mundial acerca da duração do processo, ao iniciarmos o curso de Processo Civil na Universidade Estatal de Milão, ministrado pelo competente e respeitado mestre Giuseppe Tarzia, encantamo-nos imediatamente com o tema sobre a indenização a que o cidadão italiano tem direito pelos prejuízos materiais ou morais que sofre em decorrência da duração exagerada e injustificável do processo”.

MARCELO ABELHA RODRIGUES³⁵ consegue sintetizar o problema da morosidade da justiça, dizendo ser este inerente à própria função exercida pelo Estado. Senão, vejamos:

³⁴ HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

³⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177-178

“O problema da entrega jurisdicional não é setorizado, já que pertinente a vários fatores relacionados com a ordem econômica, social, política e administrativa dos países. (...) é um problema que diz respeito à própria identidade da função jurisdicional do Estado Moderno”.

Como forma de tentar diminuir o tempo do processo, várias técnicas são utilizadas pelo legislador, dentre elas, as medidas cautelares e a antecipação de tutela, descrita no art. 273 do CPC, *“visando evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”*.³⁶

Percebe-se que a atual preocupação dos estudiosos de direito processual civil e do legislador é a demora na entrega da prestação jurisdicional, razão pela qual buscam a reformulação constante do Código de Processo Civil, de forma a imprimir maior celeridade aos feitos e buscar o equilíbrio entre dois direitos constitucionalmente garantidos, quais sejam: segurança jurídica e efetividade (faz-se alusão à razoável duração do processo do art. 5, LXXVIII da CRFB/88).

AUGUSTO M. MORELO³⁷ faz referência à expressão *“tiempo razonablemente limitado”*, para mencionar a necessidade do processo chegar ao fim em tempo razoável. Nas palavras do mestre:

“Não mais que agora, frente à vertiginosa aceleração histórica, a necessidade de que a solução de um conflito judicial seja dada em tempo razoavelmente limitado, de modo que a garantia da efetiva tutela que se alinha ao devido processo, satisfaça os valores de pacificação, justiça e segurança”. **(Tradução Nossa)**

³⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178.

³⁷ MORELO, Augusto M. **El Proceso Justo: Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos**. Buenos Aires: Platense, 1994, p. 365. *“Nunca más que ahora, frente a la vertiginosa aceleración histórica, la necesidad de que la solución a un conflicto judicial recaiga en un tiempo razonablemente limitado, de modo tal que la garantía de la efectiva tutela que anida en el marco del debido proceso, satisfaga los valores de pacificación, justicia y seguridad”.*

Ao comentar sobre o assunto, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE³⁸ afirma que dentre os direitos fundamentais dos cidadãos, está englobado o acesso à justiça e o direito à proteção estatal em prazo razoável, ou seja, direito de requerer a providência jurisdicional de forma a evitar a lesão ao direito ou repará-lo em tempo hábil. Nas palavras do Professor:

“Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea”.

Certamente o fator tempo é o mais complicado de ser resolvido, exatamente por ter como “adversário” o fator segurança jurídica. Uma decisão justa é aquela realizada de acordo com o direito material e processual. Porém, será mais justa se for entregue em prazo razoável. Em alguns casos, afasta-se um pouco o fator tempo para privilegiar a segurança, como quando o Ministério Público ou a Fazenda Pública são partes no processo, tendo os prazos dilatados segundo o art. 188 do CPC. Neste caso em particular, vemos que o valor segurança jurídica revela-se mais importante, tendo em vista o interesse público envolvido na lide posta em juízo. Sintetizando a dificuldade em se encontrar a proporção correta entre efetividade e segurança jurídica, BEDAQUE³⁹ afirma que *“a rapidez contribui para a efetividade da tutela, mas compromete a segurança quanto à justiça da decisão, pois implica limitações à atividade cognitiva do juiz e ao contraditório”.*

No embate entre o fator tempo e a segurança jurídica, faz-se imperioso tecer algumas linhas acerca dos posicionamentos doutrinários sobre a permanência ou

³⁸ Código de Processo civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 791.

³⁹ Código de Processo civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 792.

retirada dos embargos infringentes. Limitar-se-á o presente estudo a explanar rapidamente sobre o assunto, pois os capítulos 4 e 5 são exclusivamente voltados ao tema.

Quando se fala em tempo de duração do processo, logo se pensa em excesso de recursos. Busca-se uma forma de eliminar ou restringir o cabimento de alguma espécie recursal. A que mais vem sofrendo tais tentativas de extirpação é, sem sombra de dúvida, os embargos infringentes. Tal pensamento perdura desde 1939. Em defesa da permanência da modalidade recursal, e tocando no tema *demora do processo*, temos FLÁVIO CHEIM JORGE⁴⁰, afirmando que:

“O exame dos julgados de nossos Tribunais e da quantidade de recursos que neles circulam revela que os embargos infringentes não parecem ter culpa significativa na morosidade dos processos. O número de embargos interpostos, em relação ao bem que os mesmos proporcionam ao sistema, demonstra que a restrição em seu cabimento deve ser muito bem avaliada”

Por todo o exposto neste tópico, afirma-se que o processo justo é aquele em que a decisão estatal é proferida com o mínimo de segurança jurídica e em tempo razoável. Sabe-se que são palavras difíceis de serem identificadas e conceituadas. Porém, no caso concreto, consegue-se identificar se o provimento jurisdicional foi proferido em tempo razoável e se a cognição do juiz não foi tão sumária, a ponto de trazer insegurança jurídica às partes. Em sendo exageradamente sumária a cognição, faltarão elementos para a fundamentação do Magistrado, o que viola o princípio da motivação das decisões judiciais.

⁴⁰ JORGE, Flavio Cheim. **Embargos Infringentes: uma visão atual**, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 301

2.3 A BUSCA PELO PROCESSO JUSTO ATRAVÉS DO GARANTISMO, FINALISMO E SEGURANÇA JURÍDICA

O presente tópico é inspirado nas obras de WILLIAM COUTO GONÇALVES⁴¹, referencial teórico de nosso estudo. Tais obras demonstram de forma irrefutável o que deve se esperar de um processo, sempre aludindo às garantias processuais existentes em nosso sistema, idealizando uma proporcionalidade entre essas e a celeridade processual. LEONARDO GRECO⁴² afirma existir *“um conflito irresolvido entre a busca incessante da Justiça e a segurança jurídica, dilema finalístico sempre presente no processo judicial de soluções de conflitos que, por sua vez, e como instrumento, se debate entre dois pólos: a efetividade e o garantismo”*.

Percebe-se que o tema objeto de análise na presente dissertação coloca-se frente a frente com o dilema existente entre a rapidez na resolução dos conflitos por meio do processo judicial e a segurança jurídica, consistente na necessidade de aplicação correta das normas jurídicas, de forma a que o conflito seja resolvido no menor tempo possível e na forma preconizada pelo legislador, ou seja, ofertando o bem da vida àquele que a lei preconiza como o titular do direito.

Diz-se haver um dilema entre a efetividade e o garantismo pois busca-se, a todo momento, a proporcionalidade entre os dois pólos. Um processo rápido não é sinônimo de resultado correto e um processo muito moroso pode não ser útil às partes, a despeito de ser primoroso em seu aspecto formal, no que tange à aplicação da lei.

Por isso afirma-se que o processo justo deve ser buscado através da aplicação dos direitos e garantias fundamentais, assegurando-se às partes litigantes a

⁴¹ Referência aos livros: “Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos” e “Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual”, ambos publicados pela Editora Lumen Juris.

⁴² Prefácio da Obra “Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos”, de autoria de WILLIAM COUTO GONÇALVES.

utilização de todos os meios processuais para buscar a efetivação do direito, o que se mostra como a finalidade do processo, mas com um mínimo de segurança jurídica, o que é garantido em parte com a utilização dos meios recursais, dentre eles, os embargos infringentes.

O presente estudo visa demonstrar que os Embargos Infringentes são mais uma importante peça no quebra-cabeça processual, na busca pelo processo justo, ou seja, pela marcha processual que respeite as garantias processuais aqui listadas, tais como: imparcialidade do julgador, acesso efetivo à justiça, a busca pela verdade real e a duração razoável do processo, dentre outros.

Se os recursos são meios postos à disposição das partes, do Ministério Público e terceiros interessados para se alcançar a almejada segurança jurídica, não podem ser considerados dispensáveis, ainda mais quando não alargam o tempo do processo, tal como os embargos infringentes, como ficará demonstrado em tópico especial sobre o assunto. Por certo, pode-se dizer, à luz dos ensinamentos de WILLIAM COUTO GONÇALVES⁴³, que os recursos e, portanto, também os embargos infringentes, contribuem para que a jurisdição uma vez provocada, possa mostrar-se eficaz, trazendo de volta a harmonia e paz social existentes antes do surgimento do conflito. Em suma, afirma-se que os recursos são instrumento processual garantístico, cuja finalidade é buscar o maior grau de segurança jurídica possível. De acordo com as palavras do autor citado:

“Quando a jurisdição atua, tornando-se eficaz na situação fática que a fez provocada, estabelecendo a segurança jurídica nas relações interpessoais, é que se consuma a plenitude conceitual do devido processo legal e o Processo Justo se aperfeiçoa”.

Por derradeiro, pode-se dizer que a garantia de um processo justo deve estar acima da tentativa desenfreada de diminuir o tempo do processo, uma vez que

⁴³ GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 107.

tais tentativas tendem a retirar direitos e garantias processuais das partes, o que não pode se conceber à luz do fator segurança jurídica. Falar em extirpação de modalidade recursal parece perigoso, ainda mais sem se ter dados estatísticos demonstrando se a espécie recursal objeto de nosso estudo, os embargos infringentes, é a verdadeira vilã pela demora excessiva no trâmite processual. Daí, desde logo, afirma o presente estudioso ser contrário às propostas favoráveis à retirada do recurso do sistema, o que já vem sendo tentado desde o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

2.4 OS RECURSOS E O CARÁTER GARANTÍSTICO DO PROCESSO

A ontologia do processo não é só movimento, mas sim, garantia da aplicação da lei por meio da atuação eficaz da jurisdição. Por isso, dizer-se que o processo possui um caráter garantístico.

Mais do que movimento, o processo existe como forma de efetivação de direitos, como garantia de que as ilegalidades serão afastadas e reparadas e a justiça privada não será utilizada pelos jurisdicionados, uma vez que a jurisdição se faz eficaz na solução dos conflitos.⁴⁴

Para que o processo seja instituto necessário à efetivação da jurisdição, proporcionando a realização da função que lhe é própria e natural, mister que se dê às partes oportunidades de desenvolver sua atividade em contraditório, tratando-se sempre de atividade dialética.⁴⁵

Neste ponto destaca-se a importância dos recursos como meio de oportunizar às partes a dialeticidade em que se funda o processo. Como prolongamento do direito de ação, que segundo LEONARDO GRECO⁴⁶, “(...)também é conhecido

⁴⁴ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 58

⁴⁵ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁴⁶ GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11.

como o direito ao processo justo (...), a atividade ou procedimento recursal busca garantir a atuação efetiva da jurisdição, uma vez que se pode firmemente crer que as razões para a existência dos recursos, tais como a discordância humana como uma decisão que lhe é contrária e a possibilidade de erro ou má-fé do julgador, estão intimamente ligadas ao processo justo, pois não se pode conceber um processo sem contraditório efetivo. Lembre-se que um dos principais meios de se efetivar o contraditório é fornecer às partes formas de impugnação das decisões judiciais. Somente se tem um processo justo na medida que as partes possam efetivamente participar, seja em primeiro grau de jurisdição, seja em grau recursal.

Pode-se, portanto, concluir que os recursos são meios de impugnação das decisões judiciais, criados pelo legislador, como forma de provocar a jurisdição para que ela se faça justa e eficaz, ou seja, possa propiciar às partes e Estado a maior probabilidade possível de acerto na decisão. Claro que se tem em mente que a decisão pode ser ao final prolatada erradamente e que o sistema de julgamento colegiado dos tribunais não garante em todos os casos o julgamento mais acertado. Porém, deve-se crer que a probabilidade de correção dos erros tende a aumentar na medida em que os julgamentos são feitos por órgãos judiciários de maior hierarquia, por vários motivos, quais sejam: os julgamentos, em sua grande maioria são colegiados, em especial os de maior complexidade, por não ser provável, mesmo quando possível, o julgamento monocrático pelo relator, à luz do que prevê o art. 557 do CPC; tem-se também que os julgadores são mais experientes e assessorados por maior número de profissionais, o que lhes facilita no momento de julgar. Tais fatores levam a pensar que a decisão proferida no recurso possui maior probabilidade de estar correta, no que tange à aplicação do direito objetivo e subjetivo.

O caráter garantístico dos recursos é demonstrado por GILSON DELGADO MIRANDA⁴⁷, ao afirmar que um dos elementos característicos do recurso é ser ele um *“remédio”*, *“porque se trata de mecanismo processual que visa a corrigir um*

⁴⁷ Código de Processo civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 1514.

desvio jurídico”, desvio esse que, acaso existente, uma vez não estar presente em todas as decisões judiciais, não se coaduna com a idéia de processo justo, apto a materializar e tornar eficaz a jurisdição estatal.

Importante discussão que será tratada durante todo o estudo respeita à importância dos recursos para o processo justo e o prolongamento do procedimento. Já se fez referência na introdução que o estudo em desenvolvimento visa elucidar antiga dúvida, ainda existente na doutrina, acerca da utilidade ou não da manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal, tendo como maior problema a sua manutenção o fator tempo. Ao falar dos recursos como forma de garantir a atuação eficaz da jurisdição, ou seja, como meio garantístico do processo justo, obrigatoriamente tem-se que tecer comentários, mesmo que superficialmente neste momento, sobre a terminação do processo em um prazo razoável, tema muito bem versado por AUGUSTO M. MORELLO⁴⁸. Nas palavras do autor:

“É universal a opção política e a concreção dogmática de que o processo deve ser substancialmente definido sem dilações indevidas, dentro de um prazo razoável, conforme a natureza de cada uma das controvérsias e uma ordem de hierarquia de acordo com a espécie de direitos e liberdades que se tutela”. (Tradução Nossa)

O que não se pode afirmar é que a morosidade do processo é decorrência apenas do procedimento recursal, muito menos em virtude de um dos recursos existentes no sistema, tal como querem fazer crer em relação aos embargos infringentes. A jurisdição não pode se preocupar apenas com o fator celeridade, e sim, também,

⁴⁸ MORELO, Augusto M. **El Proceso Justo: Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos**. Buenos Aires: Platense, 1994, p. 385. *“Es universal la línea de política jurídica y concreción dogmática acerca de que el proceso debe sustanciarse y definirse – fenecer – sin dilaciones indevidas dentro de un plazo razonable, conforme con la naturaleza de cada una de las controvérsias y un orden de jerarquías según sea el linaje de los derechos y liberdades a tutelar”*

com o fator segurança jurídica, por estar intimamente ligado aos interesses de toda a coletividade. Nesse sentido, afirma WILLIAM COUTO GONÇALVES⁴⁹:

“O processo move-se por interesses que transcendem os seus limites temporais, por isso questiona-se hoje o seu caráter social e sua humanização, dando a ele um valor humanístico de maior abrangência em razão da certeza de que a jurisdição que nele opera há de atuar, quando na sua fase específica, não exclusivamente no interesse dos seus protagonistas e, sim, de toda coletividade que se beneficia com a segurança jurídica, a paz e harmonia dos seus integrantes”.

2.4.1 Os meios recursais, a segurança jurídica e o processo justo

Como forma de efetivar a segurança jurídica nas relações conflituosas levadas ao Poder Judiciário, o legislador cuidou de criar mecanismos que propiciam às partes uma nova provocação do Estado-Juiz e a este, a possibilidade de rever uma decisão errônea. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵⁰ relata que:

“Com o propósito de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões, contempla a lei a realização de dois ou mais exames sucessivos, ao passo que, por outro lado, a fim de evitar que se sacrifique a necessidade de segurança, cuida de limitar o número de revisões possíveis”.

A importância dos recursos e sua ligação com a segurança jurídica são demonstrados por FLÁVIO CHEIM JORGE⁵¹ quando se refere à função constitucional dos recursos. O autor frisa que os recursos não estão apenas regulamentados por normas de caráter privatístico, voltados apenas ao interesse

⁴⁹ GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 113-114.

⁵¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

da parte recorrente, que insatisfeita com uma decisão desfavorável, busca a reforma, anulação ou complementação da mesma. De uma análise superficial dos motivos que ensejam a criação e manutenção dos meios recursais nos diversos sistemas processuais mundo afora, pode-se ter a errônea percepção de que as figuras recursais buscam tutelar direito eminentemente privado.

Consultando a definição de recurso de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA⁵², vê-se que o autor faz referência *“ao meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou que se julgue prejudicada, para obter a anulação ou a reforma, parcial ou total, de uma decisão”*. Ocorre que uma decisão equivocada não enseja apenas o interesse do recorrente em modificá-la, e sim, do Estado, que possui o interesse maior de prestar a jurisdição de forma eficaz, contribuindo para a solução dos litígios, fazendo com que a paz social, existente antes do conflito, possa novamente ser observada. Importante ressaltar que a paz social somente será restabelecida se o litígio for pacificado mediante a atuação imparcial do Juiz, garantindo-se às partes oportunidade de atuarem de forma a demonstrar a veracidade de suas alegações. Dessa forma restará satisfeita a necessidade de se assegurar a lisura do processo judicial de solução de conflitos.

Nesse sentido mostra-se a explanação de CHEIM JORGE⁵³, ao afirmar que *“encontram-se os recursos diretamente ligados à função exercida pelo Estado, concernente na prestação da tutela jurisdicional justa e adequada”*.

Por isso, pensa-se sempre na possibilidade de impugnação das decisões judiciais como forma de propiciar um resultado justo ao processo. Dificilmente se consegue admitir um processo consistente em apenas uma única decisão judicial, acertada ou não, sem possibilidade de insurreição por parte daquele que se considera lesado.

⁵² LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 124.

⁵³ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

Impossibilitar o acesso aos recursos ou não prevêê-los, equivale a concentrar demasiadamente os poderes nas mãos de um só julgador. A concentração desse poder vai de encontro ao ideal preconizado pelo Estado Democrático de Direito. Pode-se afirmar que a ausência de meios recursais ou qualquer outro que propicie a reforma ou invalidação dos julgados foi característica dos Estados Absolutistas, onde o Rei era considerado o “próprio Estado”, sendo que suas decisões não podiam ser contestadas por ninguém. No Estado Absolutista tínhamos constantemente o abuso de poder, o cometimento de arbitrariedades por parte dos detentores do poder absoluto. Segundo nos informa JOHN GILISSEN⁵⁴, ao versar sobre uma introdução histórica ao direito no império romano, com a passagem da República ao Império no século I a.C, o *imperator* foi considerado como o general vitorioso, não estando vinculado pela lei. Nas palavras do autor:

“(...) o regime político tornou-se o do Império, no qual todos os poderes estão concentrados nas mãos do imperador. Este governa e administra o vasto território com a ajuda de funcionários, por si nomeados e demitidos”.

Tal situação certamente poderia ocorrer caso não fossem previstos os recursos nos sistemas processuais modernos, gerando a “ditadura do único juiz”, que em seu poder absoluto, não poderia ser contestado. Conseqüências óbvias de tal situação seriam, dentre outras, o crescimento dos casos de má-fé do julgador, assim como de *errores in iudicando* e *in procedendo*, uma vez que o julgador não se preocuparia com a qualidade de seus julgamentos, por inexistir qualquer forma de controle superior. De modo reflexo, entende-se que os julgamentos passariam a ser despidos de fundamentação, gerando de modo desmedido o abuso de poder.

⁵⁴ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 83-84.

Tal situação não pode existir no denominado Estado Democrático de Direito, por estar este pautado, quando do exercício de sua jurisdição, pelo princípio do devido processo legal. Nas palavras de GERALDO ATALIBA⁵⁵ entende-se a regra do *due process of law* da seguinte forma:

“De acordo com os postulados resumidos nesta fecunda expressão, prenhe de conteúdo constitucional, os direitos à vida, liberdade e propriedade são protegidos contra o poder por um processo ordenado, leal e adequado, segundo o Direito; isto veio a significar, hodiernamente: processo contraditório, no qual as partes são tratadas com igualdade, na forma das normas adjetivas claras, aplicando-se a lei prévia, mediante autoridade imparcial e independente de um juiz natural. Tal é a garantia processual que nos oferece o direito constitucional positivo brasileiro”.

Pode-se caracterizar o Estado Brasileiro como estado democrático de direito, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil elenca já em seu artigo primeiro, constituir-se como tal, tendo como fundamentos a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, assim como o pluralismo político, aduzindo ainda tratar-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, um dos objetivos da República.

O pluralismo político demonstra a aversão existente ao sistema de partido único, umbilicalmente associado aos sistemas autoritários, assim como a existência dos meios recursais visa impedir o autoritarismo dos julgadores. Portanto, qualquer tentativa legislativa no sentido de impossibilitar a recorribilidade de um julgado deve desde logo ser afastada, por contrariar os princípios e idéias do Estado Democrático de Direito, ferindo, por conseguinte, os valores inerentes ao *due process of law*.

Neste ponto faz-se necessário tecer comentários acerca da Lei 5584/70, aplicável ao processo trabalhista, por fixar hipótese em que não é cabível qualquer recurso ordinário, que busque a reanálise de fatos e provas carreados aos autos. Segundo

⁵⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. Malheiros: São Paulo, 2001, p.121.

dispõe o parágrafo quarto da referida lei, nenhum recurso é cabível das sentenças proferidas em dissídios cujo valor não exceda 2 (dois) salários mínimos, denominado como *valor de alçada*, salvo se versarem sobre matéria constitucional. Em suma, os fatos e provas não poderão ser reanalisados por nenhum recurso, o que vai de encontro ao preconizado pelo ideal de processo justo, satisfeito com a utilização dos recursos como forma de garantia às partes e Estado. Veja-se o que dispõe a lei:

§ 4º - Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação. (Redação dada pela Lei nº 7.402, de 1985)

A redação original, dada pela Lei 5584/70, também previa o não cabimento de recursos, salvo em se tratando de matéria constitucional. Trata-se de dispositivo legal vigente, aplicável ao processo do trabalho, que merece revisitação, por ir de encontro ao fator segurança jurídica, preconizado como ideal de justiça.

Sobre a proibição legal, posicionou-se CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE⁵⁶ da seguinte forma:

“A nosso sentir, portanto, em se tratando de decisão proferida por Juiz do Trabalho ou Juiz de Direito no procedimento sumário (causa de alçada), por ser de única instância, não caberá recurso ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho, nem recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, por expressa proibição legal (...)”.

Também devem ser analisadas as Leis nº 6830/90, que versa sobre os processos de execução fiscal no âmbito federal e a Lei nº 9099/95, que regulamenta o art. 98 da CRFB/88, dispondo sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais

⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual do Trabalho**. Sao Paulo: LTR, 2005, p.654-655

Cíveis e Criminais. Quanto à primeira, urge asseverar que a sentença que julga execução fiscal de valor até 50 ORTNs, não é impugnável através do recurso de apelação, exceção à regra do art. 513 do CPC, que de modo geral devolve a apreciação da matéria ao órgão *ad quem*, sendo cabível, no presente caso, o recurso de embargos infringentes, criado e regulamentado pela própria Lei nº 6830/90, diferenciando-se, portanto, da figura recursal prevista no art. 530 do CPC. O julgamento deste recurso específico se faz, mesmo que impugnativo de sentença, pelo mesmo órgão que proferiu a referida decisão. Trata-se de instituto que se assemelha, quanto à competência para julgamento, aos embargos de declaração. Mesmo sendo diferentes do recurso previsto no CPC, o recurso de embargos infringentes da lei de execução fiscal é classificado como ordinário, por tutelar direito subjetivo das partes.

Em relação ao segundo questionamento, acerca dos Juizados Especiais, temos que o art. 98, I da CF/88 dispõe o seguinte:

“Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão”:

I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Conjugando o texto constitucional supra transcrito e a lei 9099/95, verifica-se que a sentença proferida nesse rito processual pode ser impugnada por recurso inominado, cuja competência para julgamento do mérito é do denominado Colégio Recursal ou Turma Recursal, composta por 3 (três) juízes atuantes nos JEs, portanto, conforme faz alusão a CF, de mesmo grau de jurisdição. Poder-se-ia questionar a violação ao princípio do duplo grau de jurisdição pela existência de órgão de mesma hierarquia com competência recursal. Porém, é cediço que o que

busca o duplo grau é a possibilidade da parte vencida, do terceiro prejudicado ou do Ministério Público requererem novo julgamento perante o Poder Judiciário, podendo este se dar em órgão de mesma ou de superior hierarquia. O que se busca com a presente explanação é demonstrar a existência de um recurso ordinário, com possibilidade de revisão ampla do julgado, protegendo, assim, direito subjetivo das partes litigantes.

Portanto, verificamos nas diversas situações expostas, os seguintes fatos: impossibilidade de recurso ordinário em face de sentença trabalhista até 2 (dois) salários mínimos, utilização dos embargos infringentes da lei de execução fiscal em substituição à apelação e recurso inominado interposto perante órgão recursal de mesma hierarquia dos julgadores, no sistema dos Juizados Especiais. A primeira é aquela que mais afronta o conceito de processo justo, por ser a única a impossibilitar a interposição de qualquer recurso classificado como ordinário, que tem por objetivo a reanálise de fatos e provas. Quanto às Leis 6830/90 e 9099/95, não se vê afronta ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição, na medida em que são postos à disposição das partes recursos ordinários (embargos infringentes e inominado), que não obstante serem julgados pelo mesmo juiz prolator da decisão ou por juízes diversos, mas de mesma hierarquia, não maculam o ideal de processo justo. Não se pode permitir, tal como no primeiro caso, a impossibilidade total de se recorrer de decisão judicial monocrática de primeira instância.

3 TEORIA GERAL DOS RECURSOS

3.1 HISTÓRICO

Não se tinha em mente, nas sociedades primitivas, a idéia do recurso como forma de se rever uma decisão, visto esta ser emanada diretamente do Rei, detentor e administrador da justiça. A sua decisão não poderia ser alvo de qualquer tipo de repúdio⁵⁷.

O desenvolvimento das civilizações levou à exteriorização de um sentimento comum aos homens: o descontentamento com as decisões desfavoráveis que lhes são imputadas. Este fato é trazido à baila por FLÁVIO CHEIM JORGE em seu livro *Apelação Cível*, quando nos diz:

“A outra razão que justifica também a necessidade da existência de meios para se impugnar as decisões decorre da própria personalidade humana, de não se conformar com a julgamento desfavorável. Visa-se a atender à insatisfação inata do gênero humano”⁵⁸.

⁵⁷ BERMUDES, Sérgio. *Curso de Direito Processual Civil – Recursos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p.14.

⁵⁸ CHEIM JORGE, Flávio. *Apelação Cível*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45.

No mesmo sentido, SÉRGIO BERMUDES destaca como fundamental à criação e desenvolvimento dos recursos, a inconformidade dos homens para com as decisões que lhe são contrárias. O autor preleciona com as seguintes palavras:

“(...) poderemos imaginar, sem necessidade de pesquisas, que, desde sempre, o vencido não se conformou com a decisão adversa e, por isso, é natural que recorresse dela, ainda que para a mesma autoridade que a houvesse proferido”⁵⁹.

O desenvolvimento dos sistemas jurídicos levou à criação de regras pré-estabelecidas para a escolha dos Julgadores, que deixaram de ser os chefes de grupos, tribos e comunidades. Tal acontecimento levou à formação de Juízos de primeiro grau e Tribunais Superiores, firmando-se o conceito de duplo grau de jurisdição, uma vez que tais juízos estavam em hierarquias diferentes e os superiores tinham poder de revisão dos julgados proferidos pelos inferiores. Já nesta remota época da história, pode-se afirmar que existia a preocupação com o processo justo, também objeto de análise deste trabalho, uma vez que a inconformidade da parte para com a decisão poderia ter por razão um erro na aplicação da lei ou a má-fé do julgador, razões que ainda motivam a existência dos recursos em praticamente todos os sistemas jurídicos atuais. Estava sedimentado o denominado princípio da recorribilidade das decisões judiciais.

Os estudos históricos demonstram que o recurso como se concebe, somente surgiu no Império Romano, quando da organização do Poder Judiciário, sendo tal recurso conhecido por *appellatio*, propiciando o reexame da decisão de um juiz inferior por outro de hierarquia superior. Salienta-se que a aludida organização do Poder Judiciário não foi realizada nos primórdios do Estado Romano. Conforme se pode extrair de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA⁶⁰, *“durante essa fase, o processo, com sua tipicidade privada, se decidia em grau único, não se admitindo*

⁵⁹ BERMUDES, Sérgio. *Curso de Direito Processual Civil – Recursos*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p.15.

⁶⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 4.

contra a sentença nenhum recurso ordinário. A restitutio in integrum não era um recurso, a rigor, sendo concedida em hipóteses particulares e, se também era aplicada à sentença, não a reformava, mas a cassava”.

Verifica-se que no período republicano do Império Romano, considerava-se desrespeitoso e abusivo o ato de atacar uma decisão, ou seja, a decisão por mais absurda que fosse, deveria ser cumprida, por ser emanada de uma autoridade absoluta. Isso leva a crer que todas as sentenças tinham o condão de serem acobertadas pela autoridade da coisa julgada, gerando na decisão a sua imutabilidade. Somente por via de ações de nulidade, que não eram recursos, por fazerem parte da mesma relação processual, é que se poderia modificar uma decisão. Segundo MENDONÇA LIMA⁶¹, “(...) se bem que se permitisse a impugnação mediante o exercício de uma ação de nulidade cujo fim era a declaração da nulidade ou inexistência da sentença”.

A história do desenvolvimento das civilizações e surgimento dos Estados é entrecortada de marchas e contramarchas, caracterizada por épocas de desenvolvimento acelerado da ciência processual e outras de completa estagnação. As invasões bárbaras e conseqüente queda do Império Romano marcaram um momento de retrocesso no desenvolvimento processual, mais notadamente em relação aos recursos. Todo o desenvolvimento alcançado, incluindo a formação dos tribunais e afirmação do princípio do duplo grau de jurisdição, sofreu certa estagnação, devido à insipiência do modelo processual e recursal dos povos bárbaros.

A retomada dos estudos em matéria processual deveu-se, principalmente, à Igreja Católica que, se utilizando de seu Direito Canônico, novamente inseriu a possibilidade de revisão dos julgados via recurso.

No que se refere ao período colonial brasileiro, tinha-se a aplicação do disposto nas Ordenações Portuguesas: Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, respectivamente.

⁶¹ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 5.

Em matéria recursal, tinha-se o emprego do regulamento 737 de 1850 a todas as causas cíveis da colônia, trazendo em seu bojo quatro recursos: recurso de embargos, apelação, revista e agravo.⁶²

Conforme noticia MARCELO ABELHA RODRIGUES⁶³, em 1876, mediante indicação do poder monárquico, foi escolhido Antonio Joaquim Ribas, para que procedesse à consolidação de toda a legislação em vigor à época, de modo a formar um só diploma. Este seria chamado Consolidação Ribas. Era essa uma tentativa de reunir a farta legislação extravagante em vigor naquela época.

Também informa o mesmo autor, ao lado de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, a respeito da delegação de competência para legislar sobre direito processual, concedida aos Estados-Membros pela Constituição de 1891. Tal Carta inspirava-se no modelo norte-americano. Iniciava-se o efêmero período dos Códigos de Processo Estaduais. Segundo o ensinamento de MENDONÇA LIMA:

*“Com o advento da Constituição Federal de 1891, cada Estado-membro passou a ter competência para organizar sua justiça e legislar sobre o então chamado direito adjetivo, hoje processual – Processo Civil e Processo Penal (...)”*⁶⁴

Ocorre que muitos Estados-membros não providenciaram seus códigos de processo, continuando a aplicar as normas trazidas pelo Regulamento 737. Ainda, muitos dos Estados que se dispuseram a criar seus próprios Códigos, fizeram-no basicamente reproduzindo as normas constantes do antigo Regulamento.

O erro estava em manter-se vigentes normas já ultrapassadas, como as referidas no Regulamento 737, que não mais refletiam a realidade técnico-jurídica de nosso

⁶² Arts. 639 e seguintes do Regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850.

⁶³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

⁶⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 43-44.

país, que já se mostrava bastante influenciado pelas novas idéias vindas do continente europeu.

A disparidade existente entre os vários diplomas processuais criados levou o Legislador da Constituinte de 1934 a novamente avocar para a União a competência exclusiva para legislar sobre direito processual. Nascia em 1939 o Código de Processo Civil.

Em alguns aspectos, mostrava-se o referido Código bastante moderno para a sua época, conforme preceitua MARCELO ABELHA RODRIGUES.⁶⁵ Seu texto incluía as teorias formuladas por ENRICO TULLIO LIEBMAN e estudos realizados por KÖHLER, que resultaram no desenvolvimento da teoria sobre a substituição processual.

Porém, o Código de Processo Civil de 1939 também necessitava de reparos, em especial no que tange ao sistema recursal e na alocação de alguns tipos de processos e procedimentos.⁶⁶ Para tanto, formaram-se diversas comissões, que acabaram por criar um novo Código de Processo Civil, que seria publicado em 1973, com vigência a partir do próximo ano. O quadro de recursos previsto no CPC/73 é mais enxuto e adequado em relação com o CPC/39, conforme nos ensina JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁶⁷:

“Verifica-se, pela simples inspeção do quadro, que, no tocante aos recursos cabíveis contra decisões de primeiro grau, o Código novo apresenta um elenco reduzido em confronto com aquele que consta do Código ainda em vigor”.

Mesmo antes de sua entrada em vigor, o CPC/73 veio sofrendo micro-reformas, sempre com o intuito de dar maior efetividade ao processo, culminando com uma

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 86.

⁶⁶ Op. cit. p. 86.

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil. Liber Jkus: Rio de Janeiro, 1974, p. 177.

melhor entrega na prestação jurisdicional. A segunda etapa desta reforma foi alvo das Leis nº 10.352/01, 10.358/01, 10.444/02, sendo que a de maior interesse para o presente estudo é a primeira, por trazer disposições sobre o sistema recursal, modificando dispositivos atinentes ao recurso de Embargos Infringentes. Muitos outros projetos de lei encontram-se em tramitação no Congresso Nacional e tendem a ser aprovados em breve, contribuindo ainda mais na busca pela celeridade processual.⁶⁸

3.2 IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A existência de um processo pressupõe a busca por uma sentença justa, de forma a satisfazer o direito daquele que o teve violado. Por vezes, a busca pelo justo não se faz de modo imediato através da sentença de mérito, tendo em vista a possibilidade desta trazer erros e vícios, maculando a prestação jurisdicional. FRANCESCO CARNELUTTI⁶⁹ demonstra a importância da impugnação das decisões judiciais, em especial, das sentenças, ao afirmar que: *“Entre os atos processuais e particularmente entre as providências do juiz, aquelas a respeito das quais a necessidade da impugnação se faz sentir mais imperiosamente, mas sua satisfação coloca um problema muito delicado e complicado, são as sentenças. Posto que com elas o juiz decide a lide ou administra o negócio, ou nega-se a decidi-la ou a administrá-lo, essas são providências cuja importância exige que, através da impugnação, seja verificada sua justiça”*.

A simples possibilidade de mácula à prestação jurisdicional já seria suficiente para justificar a criação e manutenção, nos sistemas jurídicos modernos, das formas de impugnação das decisões judiciais. Portanto, falar nos mesmos nos leva, obrigatoriamente, a reconhecer a falibilidade humana e a possibilidade dos

⁶⁸ KLIPPEL, Bruno Avila Guedes; KLIPPEL, Gildazio. Novo procedimento da exceção de incompetência: análise do Projeto de Lei nº 4.726/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 853, 3 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7548>>. Acesso em: 03 jan. 2006.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. V. 3, Campinas: Servanda, 1999, p. 202.

Julgadores cometerem injustiças, ou pior, utilizarem-se de má-fé na resolução da lide ou, pelo menos, em sua tentativa. Neste sentido, demonstrando bastante acuidade na análise do tema, GILSON DELGADO MIRANDA⁷⁰ diz que:

“(...) considerando a vulnerabilidade dos juizes ao cometimento de erros e injustiças variados, é próprio da natureza humana, assim, exigir a possibilidade de se reexaminar o ato decisório. Isso, vale dizer, torna imperiosa a inserção, nas normas processuais, de mecanismos tendentes a enquadrar o modo à interposição de recurso pela parte inconformada. Em outras palavras: ‘o recurso conforta o espírito do homem e possibilita, ao mesmo tempo, o aprimoramento da atividade do Judiciário’”.

FLÁVIO CHEIM JORGE⁷¹ demonstra a importância dos meios de impugnação das decisões judiciais ao asseverar ser esta a única forma de se combater os erros ou má-fé dos julgadores. Veja-se a explicação:

*“Os meios de impugnação são as formas existentes nos sistemas processuais que possibilitam que as partes prossigam na perseguição desse objetivo (**sentença justa**). Através deles é possível que interessados continuem na defesa de seus interesses e direitos, questionando a forma e o conteúdo da sentença, e, uma vez verificado que a lei não foi corretamente aplicada, obtenham a sua reforma e nulidade”. GRIFO NOSSO.*

Não bastasse a possibilidade de erro quando da prolação da sentença, é uníssona a doutrina em afirmar a existência de um fator psicológico, que justificaria a necessidade de existência dos meios de impugnação. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA⁷², explica que o fator psicológico, qual seja, não se conformar com uma

⁷⁰ Código de Processo civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 1513.

⁷¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1

⁷² LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p.127.

única decisão que lhe seja desfavorável, é inata ao gênero humano. O ser humano nunca se satisfaz com uma decisão desfavorável, e isso pode ser verificado, conforme nos fala MENDONÇA LIMA, em qualquer situação cotidiana, seja em seu lar, trabalho ou na prática forense. Também HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁷³ atenta para esse fator psicológico, citando, para tal, GABRIEL REZENDE FILHO, que afirma o recurso corresponder “*a uma irresistível tendência humana*”.

É certo que os remédios, em seu sentido genérico, englobando todas as formas de impugnação das decisões judiciais, recursos e ações autônomas, são necessários à solução dos litígios, para que os mesmos sejam julgados da forma mais justa possível. Ocorre que estes mesmos recursos não podem ser um óbice à efetividade da justiça, maculando-se a celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Por isso mesmo é que o legislador criou os meios de impugnação das decisões judiciais, mas limitou-lhes os casos de cabimento, de forma a que o processo não perdure *ad eternum*, fulminando a finalidade do mesmo.

Neste sentido, CHEIM JORGE⁷⁴, inspirado em BARBOSA MOREIRA, ensina que:

(...) face à possibilidade de multiplicação indevida da quantidade de meios de impugnação e da demora desnecessária do processo, os ordenamentos jurídicos adotam posição intermediária: propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso”.

Por todo o exposto neste tópico, verifica-se que a existência de meios de impugnação das decisões judiciais sempre foi corolário do processo justo, da busca pela melhor prestação jurisdicional possível, da mais acertada, de forma a garantir a proteção do bem jurídico daquele que o teve aviltado. O sistema

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 548.

⁷⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 2

processual brasileiro sempre teve como uma de suas idéias principais e, salienta-se, bastante sedimentada, a necessidade de manutenção dos recursos, como garantia processual inafastável, intensamente ligada à necessidade do processo justo. Em uma síntese bastante peculiar, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁷⁵ assinala a existência dos recursos como uma forma de prestação jurisdicional mais segura, em contraposição à prestação jurisdicional ágil. Veja-se:

“À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, à medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite do razoável, a segurança à justiça ou esta àquela”.

3.3 CONCEITO DE RECURSO⁷⁶

Com vistas à realização de seu mister jurisdicional, qual seja, o de fornecer a mais justa decisão ao litígio que lhe é posto, o Estado criou os *meios de impugnação de decisões judiciais*, sendo gênero do qual são espécies as ações autônomas de impugnação e os recursos. Estes últimos são conceituados por OVÍDIO BAPTISTA como:

“o procedimento através do qual a parte, ou quem tenha legitimidade a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição superior”⁷⁷.

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 228.

⁷⁶“Possibilidade de voltar; caminho para voltar; volta”. [Http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=recurso](http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=recurso).

⁷⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.409.

Pensar em recurso é lembrar necessariamente do termo reexame. Ao recorrer, aqueles legitimados pelo art. 499 do CPC buscam um reexame da decisão proferida, para verificação de sua correção, justeza, clareza ou completude. A análise etimológica do termo *recurso* demonstra seu real significado, pois a partícula “*re*” denota idéia de retroação, de voltar a trilhar o caminho já percorrido.⁷⁸ O termo é de fácil entendimento, não se podendo falar o mesmo do sistema recursal brasileiro e suas espécies recursais. Verifica-se que a busca pelo processo justo é tentada pela parte sucumbente, pelo Ministério Público ou terceiro interessado sempre que há um pedido de novo julgamento pelo Poder Judiciário. Toda vez que um pedido de recurso é formulado por estes entes, o Poder Judiciário novamente percorre o caminho antes trilhado, pois analisa e decide novamente a mesma matéria. Em uma síntese bastante oportuna, NELSON NERY JÚNIOR afirma que “*a palavra recurso é proveniente do latim (recursos, us), e nos dá a idéia de repetição de um caminho já utilizado*”⁷⁹.

Uma importante definição de recursos é fornecida pelo doutrinador tedesco ADOLF SCHÖNKE⁸⁰, no seguinte sentido:

“Recurso é um meio de submeter uma resolução judicial, antes que adquira o caráter de coisa julgada, a um novo exame por uma instância superior, sustando, assim, a formação da coisa julgada. Esta suspensão da entrada na coisa julgada (efeito suspensivo) e a aquisição da competência por um Tribunal superior (efeito devolutivo) é o que caracteriza os recursos”.

⁷⁸ REDENTI, Enrico. **Profili Pratici del Diritto Processuale Civile**. Giuffrè Editore: Milano, 1938, p.501: “(...) e il giudice della impugnativa decide soltanto dopo questa ulteriore trattazione della causa, confermando o riformando la precedente sentenza”.

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 171.

⁸⁰ SCHONKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. 1 ed. Editora Romana: Campinas, 2003, p. 395.

Esta definição de SCHÖNKE leva em consideração a formação ou não da coisa julgada, ou seja, a possibilidade da decisão ser modificada dentro da mesma relação processual, fazendo menção ainda aos dois principais efeitos dos recursos, quais sejam: o devolutivo e o suspensivo.

Visando a complementação da definição supra, utilizar-se-á a lição de alguns dos mais importantes processualistas brasileiros, BARBOSA MOREIRA, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, CHEIM JORGE, NELSON NERY JÚNIOR e outros, de forma a tornar clara a explanação a seguir.

Segundo BARBOSA MOREIRA, cuja definição é entendida por OVIDIO BAPTISTA como a melhor e mais abrangente, “*recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”.⁸¹ Na lição de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “*recurso é o meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou quem se julgue prejudicado, para obter a anulação ou a reforma parcial ou total, de uma decisão*”⁸².

Esta última definição traz um elemento muito importante ao conceito de recurso, qual seja, a sucumbência. Porém, tal definição mostra-se de plano mais precária do que aquela proferida por BARBOSA MOREIRA, uma vez que a sucumbência não será observada em todos os recursos, tais como aqueles interpostos pelo Ministério Público quando assume sua função de *custos legis*. O *parquet* possui legitimidade para interpor recursos, mesmo não sendo sucumbente na demanda.

Também peca o mestre MENDONÇA LIMA ao afirmar que os recursos possuem por finalidade a obtenção da invalidação ou reforma das decisões, sendo que este mesmo, segundo informa OVIDIO BAPTISTA, considera os Embargos de

⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001., p. 410.

⁸² LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p.124-125.

Declaração verdadeiro recurso, mesmo visando tão somente o esclarecimento ou integração da decisão judicial.

Integrando os dois conceitos acima formulados, FLÁVIO CHEIM JORGE traz uma definição completa e atual sobre o instituto, fazendo-a da seguinte forma: “(...) *recurso é um remédio dentro da mesma relação processual que dispõem a parte, o Ministério e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial*”.⁸³

Utilizando os ensinamentos de BARBOSA MOREIRA, MENDONÇA LIMA e CHEIM JORGE, pode-se distinguir os recursos das ações autônomas de impugnação, tais como a ação rescisória e o mandado de segurança. Não é à toa que todos os mestres acima citados se referem sempre à *mesma relação jurídica* ou *dentro do mesmo processo*, quando da criação do conceito de recurso. Fazem-no justamente porque uma das principais diferenças entre os recursos e os meios autônomos de impugnação, é a criação, por parte destes últimos, de nova relação jurídica, enquanto que os primeiros não o fazem.

Nos dizeres de NELSON NERY JÚNIOR,

*“o recurso pode ser exercitado dentro do mesmo processo, quando ainda não tiver ocorrido o trânsito em julgado da decisão que se pretende impugnar. Ao contrário, a ação autônoma de impugnação se exercita em outra relação jurídica processual e, normalmente, contra sentença já transitada em julgado”*⁸⁴.

Por fim, algumas considerações sobre o recurso devem ser feitas, como manifestação do direito de ação, como continuidade do pedido formulado ao Estado, no sentido de extirpar a atuação contrária ao direito, ao bom senso e ao justo. A exata noção de justo a que se fez referência já era tratada de forma

⁸³ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 193.

exemplar por JOSÉ AFONSO DA SILVA⁸⁵, ao comparar a conduta que os homens devem ter em sociedade com aquela que realmente é externada. Segundo o autor, a noção de justo está intimamente ligada com aquilo que a sociedade espera do homem médio, com as atitudes que devem ser empreendidas por ele, enquanto que o injusto é o desequilíbrio entre esses dois pontos. São suas as seguintes palavras:

“Injusta, em conseqüência, é a conduta que se afasta do modo geral de proceder em sociedade, que é aquela que recebeu o valor do justo. Por isso, é que a injustiça provoca sempre uma reação, que, no homem primitivo, aparece sob a forma de vingança privada”.

Traz-se à lume a importante definição de LEO ROSEMBERG, ao afirmar que *“todo recurso es una peticción de otorgamiento de tutela jurídica contra una resolución que no la há otorgado en todo o en parte”*.⁸⁶

Por todo o exposto, percebe-se que a noção de processo e justiça está intimamente ligada ao instituto dos recursos. Estes constituem a forma encontrada pelo Estado de prover maior segurança aos jurisdicionados, de forma a privilegiar a segurança das relações sociais e o apaziguamento dos conflituosos. Tornar justo o injusto constitui função precípua do Estado, através de seu ofício jurisdicional, auxiliado neste desiderato pela existência dos recursos. Justo é aquilo que é aceito pela lei como normal e, conseqüentemente, pela sociedade, uma vez que o legislador representa os anseios desta.

3.4 IMPORTÂNCIA DOS RECURSOS E INTERESSES TUTELADOS

⁸⁵SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 60.

⁸⁶ROSEMBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1955, p. 349.

Poder-se-ia pensar em processo judicial de solução de conflitos que garantisse a plena e correta aplicação da norma objetiva com apenas uma decisão, sem possibilidade de impugnação? Certamente seriam encontradas grandes dificuldades em aceitar tal fato, o que somente ocorre, segundo informações de NELSON NERY JÚNIOR⁸⁷ no sistema processual helênico, onde as decisões não são passíveis de impugnação por quaisquer meios. Fora a exceção posta, todos os demais sistemas se preocuparam em criar os referidos mecanismos. Dentre os meios de impugnação, procuramos definir como objeto de pesquisa e aprofundamento, os recursos e suas peculiaridades.

Buscar a importância dos recursos é, obrigatoriamente, refletir sobre os interesses que são tutelados pelos mesmos. Anteriormente aos estudos atuais, tinha-se a idéia de que os recursos serviam para tutelar interesses primordialmente particulares, por serem utilizados pelas partes na defesa de seus direitos, buscando a aplicação correta da lei aos fatos por elas trazidos. Tal interesse privatístico subsiste se analisado um dos fundamentos de existência dos recursos – a insatisfação inata do ser humano com as decisões desfavoráveis. Por outro lado, deve-se lembrar que a impugnação das decisões judiciais também se faz para coibir a atuação errada e até fraudulenta do Magistrado⁸⁸. Facilmente extrai-se um forte interesse público na sua existência. Coexistem os dois interesses – privado e público – na existência e manutenção dos recursos. O interesse público também se mostra presente quando se classificam os recursos em ordinários e extraordinários, como o faz a boa doutrina⁸⁹. Os recursos ditos extraordinários, como o especial, o extraordinário e os embargos de divergência, buscam tutelar a

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 174.

⁸⁸ ALCIDES DE MENDONÇA LIMA consegue, em poucas palavras, demonstrar a existência do interesse público na previsão dos recursos, em especial, para coibir e aperfeiçoar a atuação dos Magistrados. Vejamos: “A possibilidade do recurso tem, igualmente, um papel catalítico em relação aos juízes, de modo que, em regra, procurarão aperfeiçoar-se e não incidir, por descaso ou negligência, em erros flagrantes. Desde que suas decisões possam ficar sujeitas ao controle superior, é do interesse particular deles que sejam mantidas em maior número, para granjear, além de admiração pessoal, o merecimento funcional, que tanto influi para sua promoção na carreira, onde, como no Brasil, seja critério legal para a ascensão.”

⁸⁹ Por todos, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

própria norma jurídica, uma vez que visam adequar os pronunciamentos judiciais à incidência correta da lei. Conforme salienta FLÁVIO CHEIM JORGE⁹⁰:

“Os recursos extraordinários, por tutelarem direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da injustiça da decisão. Visam, tão somente, averiguar se a lei foi corretamente aplicada ao caso vertente”.

FLÁVIO CHEIM JORGE⁹¹ destaca a importância dos recursos, no sentido de proporcionar ao Estado a possibilidade de controle sobre a atividade judiciária, tornando possível o equilíbrio social. Neste mesmo sentido, faz menção aos ensinamentos de ALCIDES MENDONÇA DE LIMA, quando transcreve o seguinte trecho:

“De um modo geral, o juiz deve sempre obedecer à lei, como manifestação da vontade comum. Um dos meios pelos quais o Estado controla essa atividade do juiz, em nome do prestígio da própria lei, em sua integridade e em sua substância, é o uso dos recursos, ainda que nos casos em que a discussão gire em torno, aparentemente, de pura matéria de fato, porquanto, em última análise, sempre está em jogo a incidência de uma norma jurídica, amparando direito subjetivo dos litigantes”.

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁹² demonstra com clareza a importância dos remédios impugnativos, demonstrando a relação existente para com o processo justo. Em síntese, LIEBMAN assevera que há grande probabilidade do julgamento conter erros e que tais vícios podem ser revisados e consertados com julgadores mais experientes. Vejamos:

⁹⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.18.

⁹¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11

⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. V. 3, Intelectus: Tocantins, 2003, p. 15.

“A probabilidade de obter com o exercício desses remédios uma sentença mais justa é inerente ao próprio fato de que a nova sentença será pronunciada como meio de controle e de reexame crítico do que foi feito no juízo precedente, é portanto acrescida do fato de que o novo julgamento foi realizado por um órgão diverso e superior, composto de juizes selecionados, que se pressupõem mais expertos e experimentados; ou – quando é confiado ao próprio órgão – do fato de que se elimina preventivamente o inconveniente que pode haver induzido em erro o juiz, ou se adquiriram alguns elementos de cognição antes desconhecidos ou que não se levaram em conta, ou examinados de um ponto de vista não considerado”.

LEO ROSEMBERG⁹³ afirma que os recursos têm por razão de existência a falibilidade humana e as possíveis injustiças daí decorrentes. Sua fala também demonstra o inconformismo da parte perdedora, que sempre buscará no recurso um pronunciamento mais favorável. Vejamos as palavras do mestre:

*“Todo recurso possui sua razão na falibilidade do conhecimento humano. Toda solução pode ser injusta, e quase sempre assim será sentido pela parte vencida. Por isso, os recursos estão ao serviço dos legítimos desejos das partes de substituir a decisão que é desfavorável por outra mais favorável”.***(Tradução Nossa)**

Por todo o exposto, percebe-se que a existência dos recursos está intimamente ligada tanto ao interesse particular da parte recorrente, que busca a satisfação de sua pretensão que foi negada pela decisão recorrida, quanto ao interesse público, existente na correta aplicação da lei, ou seja, na entrega da prestação jurisdicional justa e eficaz.

⁹³ ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1955, p. 352. *“Todo recurso tiene su base en la falibilidad del conocimiento humano. Toda resolución puede ser injusta, y casi siempre la tendrá por tal la parte vencida. Por eso, los recursos están al servicio de los legítimos deseos de las partes de substituir da resolución que les es desfavorable por outra mas favorable”*

4 NECESSIDADE E UTILIDADE DOS RECURSOS NO SISTEMA PROCESSUAL, NOTADAMENTE OS EMBARGOS INFRINGENTES

Iniciam-se as partes mais importantes do presente estudo, pois toda a narração aqui feita tem por intuito demonstrar se a manutenção do recurso de embargos

infringentes contribui para o processo justo, ou se trata de um empecilho, que há muito deveria ter sido retirado do sistema⁹⁴ e qual interpretação deve ser dada ao art. 530 do CPC, que versa sobre o cabimento da referida modalidade recursal, restritiva ou ampliativa.

Desde o advento do Código de Processo Civil de 1939, fala-se sobre o futuro incerto do recurso e a necessidade de sua extirpação, por ser considerado por muitos, inútil, procrastinatório, dentre outras adjetivações negativas⁹⁵.

A análise histórica do tema revela um constante embate doutrinário, que vem vencendo décadas, levando grandes estudiosos a lançarem suas teses sobre a manutenção ou retirada dos Embargos Infringentes. Limitam-se a criar justificativas, que segundo FLÁVIO CHEIM JORGE⁹⁶, “(...)encontram-se fundamentadas em motivos históricos, no prolongamento ainda maior do processo e no excesso de recursos”. Entende-se que as justificativas apresentadas não podem ser consideradas sem dados concretos sobre a utilização hodierna do instituto. Falar em retirada de um mecanismo processual, sem saber ao certo sua utilidade, é demasiadamente perigoso. O pensamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁹⁷ mostra-se nesse sentido, ao afirmar que faltam “dados concretos capazes de revelar em que medida respondem aqueles defeitos [do sistema processual], reais ou supostos, pelo funcionamento satisfatório da máquina judiciária”. Ainda nos diz o Mestre que “muito ajudaria que tivéssemos

⁹⁴ “A decisão dada por maioria é suficiente para expressar o entendimento do Tribunal, inexistindo interesse público em se obter o rejugamento da causa apenas porque houve voto minoritário”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Propostas para alteração do sistema recursal civil. In: Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003. p.1-29. v.1.

⁹⁵ “Previstos unicamente no direito brasileiro, desde o CPC/39 a doutrina de um modo geral já propugnava pela sua retirada de nosso ordenamento. Pedro Batista Martins, autor do anteprojeto do CPC/39 advertia que esse recurso tenderia a desaparecer ‘em futuro próximo ou remoto, da nossa legislação processual’, constituindo um “*bis in idem*”: é o segundo tempo do recurso de apelação”. CHEIM JORGE. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. P. 104-105.

⁹⁶ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105.

⁹⁷ *Apud* SOUZA, André Pagani de. **O regime de retenção do agravo como regra geral in Aspectos Polêmicos e Atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**, V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13-33.

elementos objetivos, colhidos na realidade quotidiana do foro e dotados de confiabilidade superior à das nossas variáveis experiências pessoais”.

Em razão das idéias apontadas sobre a necessidade de utilização de dados concretos e precisos sobre a atividade judiciária, em especial, de segundo grau de jurisdição, onde é realizada a interposição do maior número de recursos, tais como apelação, agravos e embargos infringentes, é que se inicia a análise dos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça. Tais dados são reveladores da real situação vivida pelo processo, desvendando uma das maiores dúvidas existentes entre os processualistas: se seria a utilização dos recursos o principal empecilho ao rápido desenvolvimento do processo.

Dispõe-se de dados relativos ao Poder Judiciário no ano de 2004, nas esferas Estadual e Federal, extraídos do “Relatório Anual 2005” do Conselho Nacional de Justiça, que demonstram concretamente a taxa de recorribilidade nas esferas federal, assim como na estadual, trazendo ainda informações sobre a taxa de reforma no 2º grau de jurisdição estadual. Os referidos dados servem para guiar o estudioso dos recursos na compreensão e solução do embate doutrinário acerca da morosidade da justiça, que possui como possíveis vilões os recursos. A concretude das estatísticas responde se os recursos são os verdadeiros responsáveis por uma das principais mazelas do processo, qual seja, o tempo irrazoável do mesmo, ou se tal problema deve ser interligado a outros institutos processuais.

Segundo informações do CNJ, no que tange à Justiça Federal, composta por suas cinco regiões, tem-se uma taxa média de recorribilidade interna no 2º grau de jurisdição de 19,37% (dezenove inteiros e trinta e sete centésimos percentuais), importando dizer que foram considerados recursos internos aqueles interpostos para julgamento no mesmo grau de jurisdição, tais como: Embargos de Declaração, Agravos Internos (regimentais e legais) e Embargos Infringentes. Dentre as cinco regiões da Justiça Federal analisadas, a que apresenta menor taxa de recorribilidade interna no 2º grau é a 2ª Região, composta pelos Estados

do Rio de Janeiro e Espírito Santo, sendo da ordem de 14,90% (quatorze inteiros e noventa centésimos percentuais). A maior taxa foi encontrada na 4ª Região, qual seja: 28,97% (vinte e oito inteiros e noventa e sete centésimos percentuais).

Tais dados levam a crer que o problema da morosidade da justiça não pode ser unicamente atrelado à existência e utilização dos recursos, uma vez que a taxa de recorribilidade média não se mostra exacerbada. Saliencia-se que a taxa média engloba os recursos de embargos de declaração, agravos internos e regimentais, além dos embargos infringentes e que, dos três aludidos recursos, o último, objeto de análise no presente estudo, é o que menos se interpõe perante os Tribunais.

Ademais, devemos analisar os dados referentes à Justiça Estadual, composta por estatísticas coletadas junto à grande maioria dos Tribunais de Justiça brasileiros. Vejamos: no que toca à taxa de recorribilidade interna no 2º grau de jurisdição estadual, mostram as estatísticas que a média nacional é de 14,97% (quatorze inteiros e noventa e sete centésimos percentuais). Os recursos interpostos que compõem tais estatísticas foram aqueles julgados no mesmo grau de jurisdição, tais como: Embargos de Declaração, Agravos Internos (regimentais ou legais) e Embargos Infringentes. Tais dados foram encontrados reunindo-se informações dos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins. Portanto, os dados foram colhidos em 20 (vinte) estados. De todos os Estados pesquisados, destaca-se o Rio Grande do Norte, com taxa de 3,03% (três inteiros e três centésimos percentuais). O Tribunal de Justiça de São Paulo, por suas dimensões, tanto em número de julgadores quanto em número de processos em trâmite, demonstra taxa de recorribilidade inferior à média nacional, qual seja: 13,89% (treze inteiros e oitenta e nove centésimos percentuais).

Mais uma vez deixa-se claro que a taxa média de 14,97% (quatorze inteiros e noventa e sete centésimos percentuais) engloba os recursos de embargos

infringentes, agravos internos e regimentais, demonstrando que os recursos não devem ser considerados, e em especial os embargos infringentes, como causa única da morosidade da justiça.

Por sua vez, tem-se que tecer comentários acerca dos dados referentes a taxa de reforma da decisão no 2º grau de jurisdição. Esclareceu-se no capítulo antecedente que os recursos, de acordo com o conceito de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, são utilizados para se buscar a reforma, invalidação, integração ou esclarecimento de uma decisão judicial. Importante, portanto, a análise da taxa de reforma, para verificarmos se os meios recursais estão atingindo a sua finalidade. Salieta-se, contudo, que o julgamento colegiado não é garantia absoluta de correção da decisão. A maior possibilidade de discussão da causa pelo colegiado e a maior experiência dos julgadores de 2º grau não são sinônimos de decisões totalmente justas e acertadas, porém, a probabilidade de tal acontecimento é maior se comparada ao julgamento monocrático. Assim sendo, forçoso concluir que se os recursos manejados proporcionaram a reforma do julgado em grande número de casos, é porque, provavelmente, não sendo, portanto, certeza, as decisões foram proferidas de forma viciada. Os recursos puderam cumprir sua função precípua. Portanto, conforme anotado, não há que se propugnar pela retirada de qualquer meio recursal, tampouco na restrição ao cabimento, o que vem ocorrendo nas reformas processuais no tocando aos recursos, em especial aquelas promovidas na 2ª etapa da reforma (“reforma da reforma”) e na recentíssima 3ª etapa, englobando as Leis nº 11.187/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06.

Os dados estatísticos apresentados pelo CNJ vão ao encontro do que acaba de ser comentado. Chegou-se a uma taxa média de reforma das decisões no 2º grau de jurisdição de 33,97% (trinta e três inteiros e noventa e sete centésimos percentuais), ou seja, mais de 1/3 (um terço) das decisões foram reformadas, anuladas, integradas ou esclarecidas por meio dos recursos julgados pelos Tribunais de Justiça. Salieta-se que foram considerados os recursos providos, ainda que parcialmente, no 2º grau de jurisdição. A referida taxa engloba

estatísticas colhidas perante 11 (onze) Tribunais de Justiça, dos seguintes estados: Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Rondônia. A grande maioria dos estados que disponibilizaram os dados possuem taxa de reforma em torno de 32% (trinta e dois por cento), destacando-se dois, Distrito Federal, pela menor taxa de reforma, de 11,78% (onze inteiros e setenta e oito centésimos percentuais) e Mato Grosso, com taxa de reforma de 61,94% (sessenta e um inteiros e noventa e quatro centésimos percentuais).

Mais uma vez os dados concretos demonstram a importância da utilização dos recursos, concluindo que os meios recursais não devem ser descartados do sistema, não devem ser extirpados, aqui se incluindo os embargos infringentes, nem terem suas hipóteses de cabimento reduzidas pelo legislador ou pelos Tribunais ao interpretarem a legislação, o que infelizmente ocorre, por exemplo, no que toca ao cabimento dos embargos infringentes no Mandado de Segurança, Remessa Necessária e Agravos que versam sobre o mérito, todos assuntos polêmicos que serão tratados no próximo capítulo, em tópico especial.

Os números apresentados e analisados consolidam posição doutrinária assumida por FLÁVIO CHEIM JORGE⁹⁸ sobre a desnecessidade de retirada de recursos do sistema processual. O autor refere-se especificamente sobre os embargos infringentes, mas tal idéia pode ser utilizada para todas as espécies recursais. Vejamos:

“Sem querermos adentrar as justificativas que a nosso ver seriam suficientes para balizar a manutenção do recurso em nosso sistema, é certo que o legislador fez essa opção. Poderia na reforma sob comento ter retirado em definitivo essa modalidade recursal de nosso sistema, mas preferiu mantê-la”.

⁹⁸ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105.

Conforme os comentários realizados alhures, muito se discute em sede doutrinária a respeito da permanência ou não do recurso de embargos infringentes em nosso sistema recursal. Muitos asseveram que se trata de recurso inútil e obsoleto, responsabilizando-o ainda pela demora na prestação jurisdicional e pelo acúmulo de recursos nos tribunais, o que segundo SÉRGIO SHIMURA⁹⁹, chega a ser desanimador.

O recurso de embargos infringentes, conforme será comentado quando da análise do seu histórico, surgiu nas Ordenações Portuguesas, não mais existindo naquele ordenamento jurídico. Segundo ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, trata-se de *“recurso exclusivo do Direito Brasileiro, sem similar no moderno direito comparado (...)”*, subsistindo todavia em nosso sistema recursal. Esse é um dos argumentos contra a manutenção do recurso, mas que não resta prosperar. O mesmo autor defende, erroneamente, segundo entende-se, a abolição do recurso, dizendo: *“Pareceu-nos, até a terceira edição deste livro, que a abolição dos embargos infringentes não seria adequada, mas mudamos nosso entendimento, como já afirmado em passagem anterior destas Lições. Assim, defendemos a abolição total dos embargos infringentes, não nos parecendo adequado que o mero fato de ter havido voto divergente em um julgamento colegiado deva ser capaz de permitir a interposição de recurso contra a decisão proferida”*.

Ocorre que, conforme dados apresentados sobre a taxa de recorribilidade do Poder Judiciário, verifica-se que os recursos não são utilizados na quantidade pensada por aqueles que defendem a abolição dos mesmos, ou pelo menos, a restrição de seu cabimento. A taxa de recorribilidade encontra-se em patamar totalmente aceitável, tanto na esfera Estadual quanto Federal, onde são utilizados, dentre outros, o recurso de embargos infringentes. Assim sendo, não se deve pugnar pela extirpação de nenhum recurso como forma de alcançar maior celeridade processual. O problema não parece estar no julgamento dos recursos.

⁹⁹ SHIMURA, Sérgio. **Embargos Infringentes e seu novo perfil** in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 498.

Por outro lado, a taxa de reforma das decisões judiciais demonstra ser alta, maior que o aceitável. Isso demonstra a necessidade de utilização dos recursos. Se quantidade tão expressiva de decisões vem sendo reformada, é porque os recursos estão sendo úteis aos legitimados do art. 499 do CPC. Pode-se concluir: se a taxa de recorribilidade não é alta e se a taxa de reforma se mostra expressiva, não há razões lógicas para a retirada ou restrição ao cabimento de nenhum recurso. Logo, não se deve extirpar os embargos infringentes do sistema recursal brasileiro.

Em síntese, “o mero fato de ter havido voto divergente em um julgamento colegiado”, como nos fala FREITAS CÂMARA, ao contrário do que pensa o autor, deve ser levado em consideração para a aferição do cabimento dos embargos infringentes, por possuir tal voto vencido, uma grande possibilidade de estar conforme o direito.

A posição que hoje se adota já era defendida por PONTES DE MIRANDA, que revelava que os melhores julgamentos eram os realizados nos embargos infringentes. Muitas injustiças e erros judiciais podem ser corrigidos através da utilização deste recurso. Nas palavras do doutrinador apontado¹⁰⁰:

”os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos são os julgamentos das Câmaras de embargos”. Ainda segundo o jurista, “muita injustiça se tem afastado com os julgamentos em grau de embargos”.

Conforme se denota da leitura da opinião supra transcrita, PONTES DE MIRANDA sempre foi a favor da manutenção dos embargos infringentes, pois segundo ele¹⁰¹,

¹⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.p. 339.

¹⁰¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XI. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p.339.

“o interesse precipuamente protegido pelo art. 530 do Código de 1973 não é o individual. É o interesse público em que haja a mais completa aplicação de todas as leis que presidiram a formação das relações jurídicas, isto é, de todas as leis que incidiram”.

Aqueles doutrinadores que se mostram contra a manutenção, o fazem, além das razões acima explicitadas, por considerarem-no como um segundo tempo da apelação, que serviria apenas para trazer maior procrastinação ao feito. Assim pensa JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁰² ao nos falar que *“alguns entendem que o recurso de embargos infringentes, no Juízo de segundo grau, não passa de um bis in idem, uma vez que, decidida a apelação, atendido já se encontra o princípio e garantia processual do duplo grau de jurisdição”.*

Mesmo com tantas opiniões contrárias à sua manutenção, mostram-se os Embargos Infringentes fortes, relutando contra a sua retirada do sistema. Mostrou-se valente mais uma vez na reforma processual trazida pela Lei nº 10.352/01¹⁰³.

Os dados apresentados demonstram a necessidade de manutenção dos embargos infringentes, o que há muito é preconizado por FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁰⁴ ao afirmar: *“Apesar de reconhecermos que existem muitas razões para sustentar que os embargos infringentes devem ser abolidos do nosso sistema recursal, entendemos que a manutenção desse recurso traz mais benefícios do que malefícios”.*

¹⁰² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.252.

¹⁰³ FLÁVIO CHEIM JORGE, FREDIE DIDIER JR E MARCELO ABELHA RODRIGUES, in A NOVA REFORMA PROCESSUAL, informam que: *“Ao alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais dispares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”.*p. 185..nota de rodapé nº 78.

¹⁰⁴ JORGE, Flavio Cheim. **Embargos Infringentes: uma visão** atual, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 262.

5 DOS EMBARGOS INFRINGENTES

5.1 HISTÓRICO¹⁰⁵

O recurso de Embargos Infringentes tem sua origem no direito lusitano¹⁰⁶¹⁰⁷, introduzido no direito processual civil brasileiro por meio das Ordenações do Reino, que foram a base do direito durante o período colonial. Conforme noticia GABRIEL REZENDE FILHO¹⁰⁸, *“os Embargos constituem um recurso original do processo português. Desconheceram-no os romanos e dele não cuidam também as legislações modernas. Apareceram nas Ordenações Afonsinas, com o objetivo de modificação da sentença em algum ponto acessório”*. Informa CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, citado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, em clássico chamado *“Instituições de Direito Processual Civil”*¹⁰⁹, que o surgimento dos Embargos Infringentes deu-se em decorrência da desorganização judiciária da Monarquia Portuguesa, além de que era costume naquela época, em virtude da dificuldade de interposição das apelações, que as partes recorressem ao juiz

¹⁰⁵ **“Mattos Peixoto** afirma que no princípio da monarquia, eram desconhecidos os embargos ofensivos e modificativos, pois as Ordenações Afonsinas somente admitiam os declaratórios. **Egas Moniz**, escudado nos estudos de Pontes de Miranda, afirma que nas Ordenações Afonsinas os embargos admitidos foram somente os modificativos, restritos à arrematação. **Moacyr Lobo da Costa**, afirma que no volume das Leis e Posturas, embora sem a denominação de embargos era o mesmo praticado como meio de impugnação obstativa, tal como veio, posteriormente integrar as Ordenações Afonsinas”. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI Desembargadora do TJDF, 1992 a 7/12/1999. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/10/1999. Palestra proferida em São Paulo, em 25/04/1996.

¹⁰⁶ Conforme nos ensina Alexandre Freitas Câmara, *“Trata-se de recurso exclusivo do Direito Brasileiro, sem similar no moderno Direito Comparado*. CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.

¹⁰⁷ “A opinião dominante é que os embargos constituem um remédio tipicamente lusitano, sem similar no direito de outros povos. A afirmação é de Egas Muniz de Aragão: **remédio tipicamente luso-brasileiro, o recurso de embargos não tem similar no direito comparado**”. Desembargadora do TJDF, 1992 a 7/12/1999. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/10/1999. Palestra proferida em São Paulo, em 25/04/1996.

¹⁰⁸ REZENDE FILHO, Gabriel. **Direito Processual Civil**. V. 3, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 109.

¹⁰⁹ MARQUES, José Frederico Marques. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.246-247.

prolator da sentença, por meio de pedidos de reconsideração¹¹⁰. A praxe de requerer a modificação da sentença não por meio de apelação, o que seria correto, mas sim por pedido de reconsideração, fez com que as Ordenações Afonsinas expressamente previssessem os embargos modificativos, que tinham por condão a modificação da sentença, em contrapartida aos ofensivos, que requeriam a revogação da mesma. Estes últimos não foram acolhidos pelas Ordenações.

PONTES DE MIRANDA, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, descreve com clareza o desenvolvimento histórico dos Embargos existentes nas Ordenações, quais sejam: *declaratórios, infringentes e de nulidade do julgado*, fazendo-o de forma a demonstrar que os embargos apostos à sentença tinham como elemento característico a retratação¹¹¹.

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO¹¹² ensina que os embargos infringentes “*apareceram nas Ordenações Afonsinas, com o objetivo de modificação da sentença em algum ponto acessório*”.

¹¹⁰ Candido de Oliveira Filho, citado por Luiz Antonio da Costa Carvalho nos diz que “os embargos perderam o caráter primitivo de simples pedido de retratação da sentença, deduzidos perante a mesma instancia do julgado para constituírem um verdadeiro recurso, na acepção técnica do termo, interposto das sentenças definitivas de uma das Câmaras (ou de uma das Turmas, digo eu, tendo em atenção a legislação processual dos Estados) em que se divide o Tribunal, ou em que se divide a Câmara Civil, para o Tribunal Pleno (ou para a Câmara Plena) de que também fazem parte, com o direito de discussão e voto, os desembargadores que proferiram o acórdão embargado, e que melhor podem esclarecer a causa, mantendo os votos anteriores ou modificando-os se, pela nova discussão, forem convencidos do erro em que estavam”. CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. **Dos Recursos em geral: Teoria e prática dos recursos**. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho Editor, 1950, p. 55.

¹¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XI. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p. 222 “*Os embargos, no sentido de oposição à sentença, apreciável pelo próprio juiz que decidiu, acham-se nas Ordenações. É de crer-se que, antes, não se tivesse o recurso dos embargo, com o seu elemento característico, que é a retratação. Para esse tempo, o que o juiz decidiu estava decidido; e somente instancia superior poderia conhecer das alegações das partes contra as decisões. Apelações e exceções esgotavam os meios jurídicos de impugnativa, quaisquer que fossem os nomes com que aparecessem, enquanto não se tornava definitiva a entrega da prestação jurisdicional. A dificuldade no apelar, em parte devido à deficiência e aos rigores do direito relativo aos recursos, nos velhos sistemas jurídicos, sugeriu o pedido de reconsideração das sentenças, ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos)*”.

¹¹² REZENDE FILHO, Gabriel. **Direito Processual Civil**. V. 3, São Paulo: Saraiva, 1963. p.109. Também ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA nos ensina que: “*Os nossos embargos vieram das Ordenações Filipinas. Tendiam ou a atacar a sentença na parte em que resolvera sobre o ponto principal da causa*”.

A praxe forense fez com que, em 6 de dezembro de 1813, fosse expedido alvará afirmando que “o meio de embargos é sempre aplicável a toda e qualquer sentença, segundo a legislação pátria”¹¹³. Em 20 de novembro de 1832, os embargos foram novamente mantidos no ordenamento jurídico através de lei. Ocorre que o Regulamento 737 de 1850 passou a admitir apenas embargos de declaração, visando a declaração da sentença de algum ponto obscuro, contraditório ou omissivo e embargos de restituição de menores.

Com o advento da Constituição de 1891 os Estados-Membros passaram a possuir autonomia para legislar sobre direito adjetivo¹¹⁴. Isso propiciou a criação, em vários estados, de normas processuais prevendo o recurso de embargos infringentes. Notadamente, conforme notícia JOSÉ FREDERICO MARQUES¹¹⁵, foi o Estado do Rio Grande do Sul o primeiro a adotá-lo. LOPES DA COSTA¹¹⁶ afirma que alguns Códigos estaduais suprimiram a modalidade recursal, enquanto que o de Minas Gerais o restabeleceu, condicionando-o ao preenchimento de determinadas condições.

No princípio possuía este recurso traço notadamente de pedido de reconsideração, tendo em vista a sua origem, passando mais tarde a trazer consigo os caracteres da devolutividade e não somente da retratação.

(*embargos ofensivos*), ou a alterá-la em algum ponto acessório (*embargos modificativos*)”. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil**. V. 3, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

¹¹³ Op. cit. p. 247.

¹¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38: “*Inspirada no modelo norte-americano, surgiu a Constituição de 1891, pelo qual foi delegado aos estados a competência para legislar sobre direito processual civil. Todavia, enquanto isso não ocorresse, os estados deveriam se socorrer das regras do Reg. 737, que era norma federal, e que portanto, na ausência de norma estadual, deveria ser aplicada. Neste diapasão, surgiu a primeira norma estadual, que, apesar de não ser um Código, consubstanciava-se num plexo de normas jurídicas processuais. O primeiro estatuto foi o do Pará. São Paulo teve seu código somente em 1930. Destacam-se, nesta época, o código de Minas Gerais, o paulista e o baiano*”.

¹¹⁵ MARQUES, José Frederico Marques. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.248.

¹¹⁶ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil**. V. 3, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.379. Faziam-se necessários os seguintes fundamentos: 1) preterição de algum termo essencial do processo; 2) existência de fato novo a provar; 3) ausência de alguma peça decisiva; 4) falsidade de algum documento, não alegada antes da sentença (art. 1442).

Nossa primeira lei unitária, ou seja, federal, versando sobre os embargos infringentes veio apenas aos 25 de novembro de 1936, através da lei nº 319, sendo que, segundo nos explana JOÃO BONUMÁ, citado por FREDERICO MARQUES¹¹⁷, *“passaram a ser o recurso normal das sentenças proferidas em segunda instância, sempre que o valor da causa excedesse determinada soma ou que a sentença de segundo grau não confirmasse por unanimidade a de primeira instância”*.

Passava-se a delinear o recurso tal como hoje se concebe, cujo objetivo é a revisão das decisões não unânimes dos tribunais.

Corroborando o pensamento legislativo de que foi fruto a lei nº 319, retro citada, trouxe o Código de Processo Civil de 1939¹¹⁸, em seu art. 833 a previsão expressa sobre os embargos infringentes, que entravam definitivamente no ordenamento jurídico pátrio, para não mais sair.

Versava o art. 833 do CPC/39:

“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.

Parágrafo Único: Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal pleno”¹¹⁹.

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico Marques. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 248

¹¹⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil**. V. 3, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 379: *“a classificação, porém, não é mais de embargos ofensivos de embargos modificativos, mas de embargos infringentes e de embargos de nulidade. Os primeiros atacam o mérito da sentença, pouco importando se para reformá-la no todo ou em parte. Os segundos atacam a sentença na sua forma, ou por uma nulidade intrínseca ou por uma nulidade, que sobre ela repercute, da relação processual”*.

¹¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p.237.

Originalmente o texto transcrito previa que o acórdão objeto dos embargos infringentes, além de não ser unânime, deveria ainda ter reformado a sentença, demonstrando que o seu cabimento era ainda mais restrito, em virtude de critério adotado da dupla conformidade. Não bastava a não unanimidade do acórdão se este não tivesse alterado a sentença. Haveria necessidade de reforma por parte do Tribunal para que fossem cabíveis os embargos.

Tal critério, denominado de *dupla conformidade* foi extirpado do sistema por via do decreto-lei nº 8.570 de 8 de janeiro de 1946, tratando-se, como ensina PEDRO BATISTA MARTINS¹²⁰, de “*radical eliminação do critério da dupla conformidade, que era fundamental no texto primitivo*”.

Da análise do art. 833 do CPC/39 também visualiza-se que a expressão *em grau de apelação* poderia gerar alguma dúvida quanto à possibilidade de interposição dos embargos em sede de outros recursos, fora a apelação e a ação rescisória, já que a expressão mostra-se bastante ampla. Tem-se atualmente a mesma dúvida, uma vez que o texto introduzido pela lei nº 10.352/01 em muito se assemelha ao antigo texto do CPC/39. Observa-se-á no tópico apropriado, que as dúvidas surgidas quando da redação do dispositivo legal em 1939 são as mesmas de hoje em dia, em virtude da grande semelhança entre aquela redação e a atual do art. 530 do Código de Processo Civil. As mesmas dúvidas suscitadas por PONTES DE MIRANDA¹²¹ são trazidas à baila por CHEIM JORGE, ABELHA RODRIGUES E DIDIER JÚNIOR¹²², demonstrando que o sistema atual foi totalmente inspirado naquele primitivo, que fora modificado, nas palavras de ALFREDO BUZAID¹²³, para simplificar o sistema de recursos.

¹²⁰ Apud MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960.p.252.

¹²¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

¹²² JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹²³ Vide exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973.

5.2 CONCEITO

A análise de um instituto jurídico pressupõe o estudo de seu conceito, o que se faz a partir deste instante. Saber o conceito de uma espécie recursal é não tão somente reproduzir o texto legal, que muitas vezes não descreve a importância do instituto. Já se sabe que os recursos são meios de se tentar a modificação, anulação ou complementação de uma decisão judicial ou nas palavras de JORGE BELTRÃO¹²⁴, “*um ato de procurar auxílio, quando se sente o prejuízo em qualquer decisão, em face do direito*” ou ainda “*os meios jurídicos que a lei concede às partes prejudicadas por uma decisão judicial, ou aos que por esta forem afetados em seus direitos ou interesses, para que o próprio juiz ou Tribunal que a proferiu, ou o juiz ou Tribunal Superior, a emende ou modifique*”¹²⁵. Deve-se formular um conceito que abranja a utilidade do meio recursal, sua importância e cabimento, pois, agindo desta forma, pode-se extrair toda a importância dos Embargos Infringentes e, portanto, a necessidade de sua manutenção, que será objeto de capítulo próprio.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹²⁶, ao tratar do conceito de Embargos Infringentes, em seu *Curso de Direito Processual Civil*, tão somente reproduz o conteúdo do art. 530 do Código de Processo Civil, o que não pode ser considerado como um conceito acabado. Dizer que os “*embargos infringentes são o recurso cabível contra acórdão não-unânime proferido em apelação ou ação rescisória, dirigida ao próprio tribunal que pronunciou a decisão impugnada*” não parece ser a forma mais completa de conceituar um instituto tão importante para a manutenção da correção das decisões judiciais. Salienta-se que o ilustre doutrinador ainda conceitua o instituto tal como antes da reforma do art. 530,

¹²⁴ BELTRÃO, Jorge. **Do agravo no auto do processo**. 2 ed. São Paulo: Sugestoes Literárias, 1967, p. 25.

¹²⁵ BELTRÃO, Jorge. **Do agravo no auto do processo**. 2 ed. São Paulo: Sugestoes Literárias, 1967, p. 25.

¹²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 653.

mostrando-se, portanto, desatualizado. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY¹²⁷ afirmam “*que os embargos infringentes têm como finalidade o pedido de modificação do acórdão, com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido*”, enquanto ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹²⁸ afirma que “*embargos infringentes são o recurso cabível contra acórdão não-unânime que, no julgamento da apelação, reforma a sentença de mérito ou, em ação rescisória, julga procedente o pedido de rescisão da sentença transitada em julgado*”. Ao contrário dos doutrinadores supra referidos, que apenas limitam-se a transcrever o texto legal, GILSON DELGADO MIRANDA¹²⁹ expõe, informando que “*o fim perseguido com o embargos infringentes é fazer prevalecer o voto vencido sobre o voto vencedor, pleiteando-se, com base na divergência¹³⁰, a reforma total ou parcial do acórdão embargado*”, aludindo ainda à função impeditiva do mesmo, já que não é lícito à parte deduzir qualquer outro pedido, senão o de prevalência do voto vencido.^{131 132}

¹²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1039.

¹²⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109.

¹²⁹ Código de Processo Civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 1579.

¹³⁰ PROCESSUAL CIVIL. **EMBARGOS INFRINGENTES**. CABIMENTO. **AÇÃO** DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROGRESSIVIDADE DO IPTU. VOTO VENCIDO PELA IMPROCEDÊNCIA DA APELAÇÃO. FUNDAMENTOS. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA PELO EMBARGANTE OU PELOS JULGADORES. I - Esta Corte Superior já deixou assentado em diversas oportunidades que, em se tratando de **embargos infringentes**, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da **ação rescisória**, não ficando o Órgão Julgador adstrito às razões expostas no voto vencido nem o recorrente obrigado a repetir tal fundamentação. Precedentes: REsp nº 361.688/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/03/2002; REsp nº 336.774/RN, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 19/11/2001; REsp nº 148.652/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 28/05/2001; e Resp nº 99.469/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 24/03/1997. REsp 709743 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0175485-2.

¹³¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO CONHECIDOS. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONCLUSÃO DO VOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 530, DO CPC. PRECEDENTES.

1. Assentada a legitimatio ad causam do BACEN em decisão transitada em julgado, provendo-se o recurso apenas e tão-somente para o julgamento da parte remanescente não constante de transação, exatamente para aferir a extensão da responsabilidade do BACEN, não há que se falar em violação da coisa julgada quanto à definição da responsabilidade em si.

2. Concluindo o novel julgado pela responsabilidade já assentada e o voto vencido pela responsabilidade do BACEN por força da transação, a divergência revelou-se manifesta, podendo a parte, nos termos do

Pode-se, portanto, condensar os ensinamentos e dizer que os Embargos Infringentes são *modalidade recursal interposta contra acórdão não unânime, proferido em grau de apelação e em ação rescisória, quando houver reforma da decisão impugnada, tendente a modificar o acórdão, com vistas à manutenção do voto vencido*¹³³. Destaca-se neste ponto, em consonância com a jurisprudência majoritária do STJ¹³⁴, que a divergência entre os votos no julgamento em grau de

entendimento doutrinário e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, valer-se da mais ampla argumentação no recurso de embargos infringentes.

3. O objeto da divergência pressupõe que todos os julgadores tenham apreciado o mesmo pedido e a mesma causa de pedir em dissonância.

4. Importa, pois, para o cabimento do recurso de embargos infringentes, que tenha havido divergência na conclusão do voto, e não quanto à sua fundamentação.

5. Precedentes da doutrina e da jurisprudência.

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 469.882/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05.02.2004, DJ 15.03.2004 p. 156)

¹³² RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR. REAJUSTE. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO-VENCIDO. DESNECESSIDADE. NÃO CONHECIMENTO QUE SE AFASTA. ANÁLISE DO MÉRITO.

Nos moldes de precedentes jurisprudenciais desta Corte, a divergência apurada para fins de embargos infringentes se dá quanto à conclusão do voto-vencido, e não quanto à sua fundamentação.

Recurso provido com o retorno do feito ao Tribunal a quo para apreciação do mérito dos respectivos embargos infringentes.

(REsp 477.463/RN, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06.11.2003, DJ 09.12.2003 p. 315)

¹³³ Pontes de Miranda, em seu Clássico *Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo XI, p. 233*, fala da importância dos embargos na tentativa da reversão da decisão impugnada, fazendo-se com que o voto vencido saia vencedor. Veja-se: "(...) *verdade é que, diante do texto legal, juiz discrepante, convencido da sua opinião, se esforçaria por fundamentar, com pormenores e argumentos claros, o seu voto vencido, confiante no julgamento dos embargos. 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 estudo 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*".

¹³⁴ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. VOTO VENCIDO QUE NÃO ABORDA A QUESTÃO DIVERGENTE. VALIDADE. CONCLUSÃO DISTINTA DO VOTO VENCEDOR. DEFENSORIA PÚBLICA REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA CONTRA O ESTADO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. DEFENSORIA. ÓRGÃO ESTATAL. 1. A divergência verifica-se quando as conclusões sugeridas pelos votos vencedor e vencido são distintas, ainda que as fundamentações sejam as mesmas. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO CONHECIDOS. DIVERGÊNCIA QUANTO À CONCLUSÃO DO VOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 530, DO CPC.

apelação ou em ação rescisória, a ensejar a interposição de embargos infringentes, deve ser na conclusão, e não na fundamentação.

5.3 MODIFICAÇÕES TRAZIDAS EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES PELA LEI 10.352/01¹³⁵

As reformas do Código de Processo Civil, implementadas pelas Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, em conjunto denominadas por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO de “*Reforma da Reforma*”, tiveram como alvo principal a melhor disciplina dos recursos, em especial o Agravo e os Embargos Infringentes. Como não poderia deixar de ser, surgiram as novíssimas leis 11.187/05 e 11.276¹³⁶, 11.277¹³⁷ e 11.280/06¹³⁸, disciplinando novos procedimentos para o processo de conhecimento e execução. Tantas modificações são sentidas no âmbito recursal, em virtude da culpa atribuída a tais remédios pela morosidade da justiça. Pense-se que os recursos não são o principal, nem o único entrave ao desenvolvimento rápido do processo. A referida culpa é atribuída aos recursos de forma equivocada. Talvez a existência de grande número de recursos contribua para o desenvolvimento lento do processo, mas certamente não pode ser considerado o único ou principal problema. O número de recursos se adequa às inúmeras possibilidades de decisões contraditórias e não unânimes de nosso sistema processual. O legislador processual entendeu que, havendo dúvida acerca da

PRECEDENTES. 3. O objeto da divergência pressupõe que todos os julgadores tenham apreciado o mesmo pedido e a mesma causa de pedir em dissonância. 4. Importa, pois, para o cabimento do recurso de embargos infringentes, que tenha havido divergência na conclusão do voto, e não quanto à sua fundamentação. 5. Precedentes da doutrina e da jurisprudência. 6. Recurso especial conhecido e provido.

¹³⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 718.283 - SC (2005/0008188-9)

¹³⁶ Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

¹³⁷ Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.

¹³⁸ Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

justiça da decisão, seria sadio colocar à disposição das partes o remédio processual que ora se estuda.

O Legislador reformador, imbuído desse pensamento, procurou disciplinar a matéria de forma a reduzir os casos de cabimento de determinados recursos, dentre eles, os embargos infringentes. Tal pensamento mostrou-se claro com a edição da Lei nº 10.352/01, reformadora do art. 530 do CPC, que versa sobre o cabimento do recurso objeto de nosso estudo. Veja-se o posicionamento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira sobre o assunto:

“Entre manter ou suprimir essa modalidade de recurso, optou-se por uma solução intermediária, que reduzirá consideravelmente a sua incidência. Pela proposta, não incidirão eles: a) quando a sentença não tiver apreciado o mérito: b) quando a apelação tiver "mantido" a sentença: c) quando a rescisória não tiver sido acolhida”. TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO . A Reforma Processual e o Acesso à Justiça . Anais 7 da XVIII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil. Brasília, p. 371-377, 29 ago./2 set.1999.

Para se chegar à restrição ao cabimento dos embargos infringentes, buscou o legislador inspiração no Código de Processo Civil de 1939, que trazia em seu bojo o critério da “Dupla Conformidade”, que, em síntese, traz dois requisitos para o cabimento do recurso: sentença de mérito e reforma por maioria.

O referido critério, denominado de dupla conformidade em virtude da necessidade do preenchimento simultâneo dos dois requisitos (sentença de mérito e reforma por maioria) encontrava-se previsto, originalmente no Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 833, que foi posteriormente revogado, por via do Decreto nº 8570 de 8 de janeiro de 1946.

Verifica-se que o sistema recursal atual muito se assemelha àquele de 1939, que por muitos era considerado falho, complexo, merecedor de reparos, o que efetivamente ocorreu com o advento do Código Buzaid. Percebe-se que o legislador atual tenta buscar na história alguns institutos outrora existentes, tal

como o fez com a dupla conformidade. Da mesma forma, doutrina e jurisprudência também buscam inspiração no CPC/39, ao versarem sobre o princípio da fungibilidade recursal, previsto expressamente naquele diploma e desaparecido com o atual diploma processual.

A reforma processual introduzida pelo novo art. 530 do CPC trouxe algumas importantes discussões acerca do cabimento dos embargos infringentes. Teria o legislador conseguido restringir como queria o cabimento do recurso? Não haveria alguma falha redacional que propiciaria outra interpretação? Não teria o legislador se utilizado de má técnica redacional? Não teria o legislador incidido em erro, de forma que a atual redação permitisse novos casos de cabimento? Essas e outras tantas questões referentes ao cabimento serão dissecadas neste capítulo, inteiramente dedicado ao estudo do cabimento do recurso, assim como as principais dúvidas relacionadas ao assunto.

5.3.1 Restrição ao cabimento dos embargos infringentes; dupla conformidade¹³⁹

A reforma processual implementada pela Lei nº 10.352/01, trouxe de volta a sistemática prevista no CPC/39, atinente aos requisitos para o cabimento dos

¹³⁹ REsp 645437 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2004/0031285-6, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), T1 - PRIMEIRA TURMA, 17/05/2005 DJ 30.05.2005 p. 231 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 530 DO CPC, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.352/01. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PELO ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. DESCABIMENTO DE EMBARGOS QUANTO À MATÉRIA EM TORNO DA QUAL SE FORMOU A **DUPLA CONFORMIDADE**. 1. Na sistemática original do CPC, a simples existência de divergência em julgado proferido em apelação e em ação rescisória ensejava a interposição de embargos infringentes. 2. A Lei 10.352, de 26.12.2001, porém, dando nova redação ao art. 530 do CPC, restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos, passando a exigir, para sua admissão, (a) que tenha havido reforma de sentença de mérito e (b) que tal reforma tenha sido decorrente de julgamento por não-unânime. 3. Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem embargos infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo de procedência ou de a improcedência. 4. No caso concreto, revelam-se incabíveis os embargos infringentes, por veicularem pedido cuja improcedência, imposta pela sentença de primeiro grau, foi confirmado pelo acórdão da apelação. Quanto a tal pedido, não está configurado o requisito da desconformidade entre a sentença e o acórdão. 5. Recurso especial provido.

embargos infringentes, denominado de “critério da dupla conformidade”. O vetusto sistema recursal previa como condições para o cabimento do recurso, a reforma de uma sentença de mérito, por maioria. Tal sistema foi abandonado e bastante simplificado com o advento do Código de Processo Civil de 1973, cujo sistema recursal, segundo a Exposição de Motivos¹⁴⁰, era bem mais simples que o anterior. Essa simplicidade restava claramente demonstrada com a leitura do reformado art. 530, pois o mesmo exigia, tão somente, julgamento por maioria em apelação ou no julgamento da ação rescisória.¹⁴¹

O antigo sistema previa o cabimento quanto à sentença terminativa ou definitiva, em havendo reforma ou anulação do julgado por maioria. Portanto, para o legislador, eram muitos os casos de cabimento dos embargos infringentes. Verificar-se-á se o entendimento doutrinário e jurisprudencial encontra-se conforme o pensamento do legislador.

O ideal preconizado pelo legislador reformista de 2001 foi a restrição ao cabimento dos embargos infringentes. Parcela da doutrina não queria tal restrição. Em verdade, buscavam a retirada por completo do referido recurso, tal como descrito na exposição de motivos da Lei nº 10.352/01. Preferiu o legislador trilhar o caminho da restrição ao cabimento, entendendo, convenientemente, que a retirada do recurso do sistema seria bastante perigosa, o que segundo opinião esboçada neste trabalho, seria um terrível erro, em virtude da importância deste meio de impugnação dos julgados. Podemos perceber da leitura do aresto abaixo transcrito, as modificações advindas da referida lei:

¹⁴⁰ Nas palavras de ALFREDO BUZUID: “Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificavelmente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito”.

¹⁴¹ O reformado art. 530 do CPC assim previa: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. CEF. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES.

CABIMENTO. PRESSUPOSTOS. ART. 530 DO CPC. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 10.352/01. ART. 260 DO RISTJ.

1. Os embargos infringentes, segundo a sistemática anterior às modificações introduzidas no art. 530 do CPC pela Lei n.º 10.352/01, eram cabíveis independentemente do conteúdo do aresto embargado.

Desde que fosse proferido por maioria de votos, seria admitido o recurso, sendo irrelevante que tivesse anulado, reformado ou mantido a sentença. Era igualmente irrelevante que a ação rescisória tivesse sido acolhida ou rejeitada, bastando que o acórdão embargado encerrasse comando majoritário não unânime ("Inovações no Processo Civil: Comentários à Lei n.º 10.352 e 10.358/2001". Cunha, Leonardo José Carneiro da; São Paulo: Dialética, 2002).

2. As inovações processuais trazidas pela Lei n.º 10.352/01 alteraram esse panorama. Várias limitações foram impostas à admissão dos embargos infringentes. Agora, pela nova redação do art. 530 do CPC, infere-se não mais ser cabível o recurso, ainda que não unânime o julgamento, sempre que o acórdão: a) não admitir a ação rescisória ou b) julgar improcedente o pedido nela formulado, confirmando o pronunciamento judicial rescindendo.

3. A redação do art. 260 do RISTJ, entretanto, continua atrelada à sistemática anterior, não tendo sido objeto de atualização. É cediço que as questões de natureza processual estão sob reserva de lei.

Previsão regimental não prevalece, nem se sobrepõe, às normas contidas no Código de Ritos, especialmente, quando tratam de matéria recursal.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos Elnf na AR 2.905/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18.10.2004, DJ 16.11.2004 p. 176)

Conforme se pode perceber, o legislador ordinário, ao retornar ao sistema anterior, quis restringir o cabimento do recurso. A redação original do Código de Processo Civil de 1939 em muito se equipara à atual redação, conforme se pode visualizar da comparação abaixo:

Art. 833 CPC/39: 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 o acórdão que, em grau, houver reformada a sentença.

Art. 530 CPC/73 alterado pela Lei nº 10.352: 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.

Não foi feliz o legislador ao retomar o critério da dupla conformidade para o cabimento dos embargos infringentes. Entende-se que o aludido recurso deve ter seu cabimento alargado, em prol da maior eficácia do processo, para que as decisões possam ser as mais justas possíveis, com as correções de eventuais erros *in judicando* ou *in procedendo*. Aqueles que entendem que o retorno ao sistema anterior foi benéfico, se apóiam na idéia de que o julgador de primeiro grau tem maiores e melhores condições de aplicar com perfeição a regra de direito ao caso concreto levado ao Poder Judiciário, uma vez que possui contato direto com as testemunhas e partes durante e instrução processual. Nesta esteira de pensamento, já se demonstrava a favor PEDRO BATISTA MARTINS¹⁴², para quem a dupla conformidade não deveria ter sido retirada do CPC/39 por via do Decreto nº 8570 de 8 de janeiro de 1946, como o foi. Veja-se:

(...) desvestiu a sentença do juiz da instancia inferior da influência que lhe era atribuída pelo sistema originário. Apesar de ser o juiz de primeira instância o único que se mantém em contato direto com as fontes de produção das provas, perde a sua sentença qualquer valor potencial depois da interposição do recurso, porque para a embargabilidade do acórdão não mais se leva em consideração a circunstância de ser ele confirmatório, ou não, da decisão apelada”.

¹⁴² MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 241-242.

Os dados apresentados no capítulo 3 e a posição doutrinária assumida e defendida no capítulo 4 desta obra, colocam-se contrários ao referido critério, por criar uma restrição indevida ao uso dos embargos infringentes.¹⁴³ Deve se convencer que o referido recurso deve ser mantido no sistema, assim como expandido o seu cabimento, o que vai de encontro ao preconizado pelo legislador através da adoção da dupla conformidade, através da Lei nº 10.352/01. Tal pensamento, acerca da expansão do cabimento, será demonstrado nos tópicos seguintes, quando, analisando a letra do art. 530 do CPC, serão apontados, apoiados na melhor doutrina processual, posicionamentos que indicam que o legislador “*pensou em restrição e acabou escrevendo expansão*”.

5.3.1.1 Interpretação ampliativa quanto ao cabimento dos embargos infringentes e garantia da razoável duração do processo

Verifica-se no tópico anterior que a intenção do legislador foi utilizar-se do critério da dupla conformidade como forma de tentar restringir o uso do recurso de embargos infringentes. Percebe-se que o legislador, não obstante quase ter reproduzido o dispositivo legal do CPC/39 acerca do referido critério, não conseguiu, em sua inteireza, atingir os objetivos visados. A presente afirmação é demonstrada através da análise gramatical do artigo 530 do CPC, assim como pelos estudos da essência e histórico do recurso em análise.

Muitas das idéias que serão postas ao leitor possuem por base os dados trazidos no capítulo 4 sobre recorribilidade e reforma no 2º grau de jurisdição. Para tanto, far-se-á uma interpretação ampliativa do cabimento recursal. Porém, deve-se

¹⁴³ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107, nota de rodapé 64: (...) O número de embargos infringentes interpostos, em realação ao bem que proporcionam ao sistema, demonstra que a restrição em seu cabimento deve ser muito bem avaliada. Por isso, concluímos que, se na época da elaboração do Código de Processo Civil de 1939, o “critério da dupla conformidade” tinha uma razão de ser, atualmente, não parece possuir tamanha relevância”.

aclarar desde logo que tal interpretação não se demonstra inconstitucional pela introdução do inciso LXXVIII no art. 5º da CRFB/88, que prevê a garantia da duração razoável do processo. Não há que se falar em afronta à garantia constitucional pela existência e ampliação do cabimento dos recursos, uma vez não ser a “duração razoável do processo” a única garantia constitucional do processo.

Se os recursos produzissem apenas a maior demora do processo, sem qualquer utilidade prática, ou seja, sem produzir a reforma ou anulação das decisões judiciais, suas funções principais, poderíamos dizer que a criação de outros meios recursais ou a ampliação de seu cabimento poderiam ferir a referida garantia, uma vez que tornariam o processo mais moroso, indo ao encontro do ideal de processo com duração razoável.

Porém, a verdade mostra-se totalmente contrária. Os recursos não são utilizados de forma a retardar o desenvolvimento do processo, vez que a taxa de recorribilidade no 2º grau de jurisdição é relativamente baixa, conforme exaustivamente descrito no capítulo pertinente. Além disso, também restou verificado que os recursos interpostos geraram percentual de reforma muito significativo. Com base nesses dados, pode-se afirmar que a existência de um processo, que ao final entregue a prestação jurisdicional correta, é a principal garantia constitucional do processo. Como em todos os sistemas de normas, temos aquelas que se chocam com outras, necessitando de interpretação, seja ela autêntica, judicial ou doutrinária, no sentido de harmonizá-las. Porém, tal harmonização não virá com a exacerbação da garantia ao tempo razoável do processo. Os recursos não se demonstram como os vilões da morosidade processual. Sabe-se, e nesse ponto são totalmente pertinentes as palavras de WILLIAM COUTO GONÇALVES, quanto ao denominado “tempo morto do processo”, ou seja, aqueles espaços de tempo durante a tramitação processual em que não estão sendo realizados quaisquer atos processuais, nem se está esperando o transcurso de prazo para fins de verificação da preclusão temporal.

Por todo o exposto, verifica-se que a interpretação ampliativa que se fará do cabimento dos embargos infringentes não pode ser acoimada de inconstitucional, por ir de encontro à garantia do tempo razoável do processo, por estar respeitando outro mais importante, qual seja, a obrigação do Estado de aplicar o direito com retidão, alcançando ao final do processo a decisão que melhor realiza a subsunção da norma legal ao problema posto. Tal é o resultado justo do processo. Lembramos nesse ponto as palavras de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA que inauguram o presente trabalho e que servem nesse momento de suporte para o pensamento que ora se inicia.

5.3.2 Ampliação do cabimento para os acórdãos proferidos “em grau de apelação” em contraposição àqueles proferidos “em apelação”

O ideal do legislador reformista é demonstrado por CANDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁴⁴ no seguinte trecho: *“com a declarada intenção de reprimir a proliferação dos feitos nos tribunais, o legislador restringiu por esse modo a admissibilidade dos embargos infringentes, lastreado em um critério de probabilidade (...)”*.

Não se entende o porquê do legislador incluir no artigo 530 reformado a expressão *“em grau de apelação”*, uma vez que essa demonstra ser mais ampla do que apenas *“apelação”*. Se o intuito da reforma era a de coibir e limitar os casos de interposição do recurso de embargos infringentes, porque inserir no corpo do texto uma expressão que, em tese, amplia o cabimento?

Pode-se perceber a amplitude da expressão *em grau de apelação* analisando-se o significado do termo *grau*. De acordo com o DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA¹⁴⁵, o termo grau pode ser entendido como *“nível”*, ou seja, *em*

¹⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.198.

¹⁴⁵ <http://houaiss.uol.com.br>

grau de apelação significa que está no nível da apelação. De acordo com a expressão *em grau de apelação*, estão compreendidos no conceito trazido pelo art. 530 do CPC, os agravos e a remessa necessária. Todos eles encontram-se no nível da apelação.

Essa importante controvérsia é suscitada por FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁴⁶, para quem “(...)a mesma literalidade do dispositivo, antes usada para restringir o cabimento do recurso, passa a funcionar agora como permissivo para a ampliação da hipótese de cabimento”.

O novel artigo 530 amplia o cabimento dos embargos infringentes, pois a expressão *em grau de apelação* faz pensar que seriam os embargos interponíveis de qualquer decisão proferida no âmbito dos tribunais, que tivesse por condão o reexame de uma decisão por órgão colegiado. Neste sentido, o que era apenas consagrado pela doutrina e jurisprudência, passa a ser expressamente propugnado por lei. Analisar-se-á o cabimento dos embargos infringentes contra acórdãos originados de remessa necessária e agravo que verse sobre o mérito, no tópico 5.5, destinado à análise dos casos mais controvertidos na doutrina e jurisprudência.

Sobre o assunto é enfático FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁴⁷:

“desse modo, conclui-se que, atualmente, com a edição da Lei nº 10.352, não se pode mais pretender limitar o cabimento dos embargos infringentes ao julgamento do recurso de apelação e da ação rescisória, devendo admiti-lo também para os acórdãos originados de remessa necessária (art. 475) e de agravo que tenham o condão de desconstituir sentença de mérito, afinal de contas todos estes são julgados ‘em grau de apelação’”.

¹⁴⁶ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 189.

¹⁴⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.190.

Neste mesmo sentido, mostrando-se a favor da interposição dos embargos contra acórdãos proferidos em remessa necessária, tem-se BARBOSA MOREIRA¹⁴⁸, para quem, mesmo não se tratando tecnicamente de recurso, devido a falta de voluntariedade, faz às vezes deste, pois tem em vista o reexame da decisão proferida, ou seja, o mesmo objetivo do referido remédio processual.

Em síntese: o legislador acabou atuando de forma contrária ao pretendido pela reforma, por teoricamente ter expandido o cabimento dos embargos infringentes a todos os acórdãos proferidos *em grau de apelação* e na ação rescisória, em contrapartida ao anteriormente previsto.

5.3.3 Dúvidas trazidas pela nova redação do art. 530

Os maiores embates doutrinários surgidos em virtude da reforma empreendida pela Lei nº 10.352/01 no art. 530, dizem respeito especialmente sobre o cabimento dos embargos infringentes. A simples leitura do texto legal suscita algumas dúvidas que parecem ainda inexplicáveis e sobre as quais a jurisprudência ainda vem se firmando.

5.3.3.1 Sentença ou acórdão de mérito: inquietações

O primeiro obstáculo que se busca ultrapassar, toca à (im)possibilidade de se interpretar o termo “sentença de mérito”, também como “acórdão de mérito”. Será que o legislador disse menos do que queria? Pode-se afirmar que não houve a adequada correspondência entre dois pontos da reforma empreendida, quais

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.149.

sejam: a criação do parágrafo 3º do art. 515 e a reforma do art. 530? Qual a melhor interpretação do art. 530, de forma a harmonizar os dois aspectos da reforma?

Essas perguntas devem ser respondidas com a análise do termo “sentença de mérito”, constante da redação do art. 530 do CPC. Caso entendam-se cabíveis os embargos infringentes tão somente nos casos de reforma de sentença de mérito, se excluiria o cabimento quando da aplicação do instituto previsto no art. 515, parágrafo 3º, uma vez que, extinto o processo sem julgamento do mérito e sendo a sentença impugnada por recurso de apelação, o Tribunal competente poderá desde logo julgar o mérito da ação, em sendo matéria exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não seja necessária a produção de outras provas. Tal decisão consistirá em um acórdão de mérito e trata-se da primeira análise do mérito. A interpretação fria do art. 530 do CPC levaria ao não cabimento do aludido recurso. Isso significa que não haveria qualquer outro recurso ordinário à disposição da parte, cabendo à parte tão somente a via dos recursos excepcionais, que conforme ensinamento, não se prestam à reanálise de fatos e provas, ou seja, o direito subjetivo das partes.

Tal pensamento vai de encontro ao preconizado na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.474, que versa: *“se o acórdão confirma a sentença, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, neste caso, mais um recurso ordinário”*.

Percebe-se, claramente, que o texto faz referência aos casos de rejuízo da causa em grau de apelação, quando o processo foi extinto com julgamento do mérito e rejuízo pelo Tribunal competente. No caso do art. 515, parágrafo 3º, não temos decisões sucessivas no mesmo sentido e, caso o disposto no art. 530 do CPC seja lido rigidamente como “sentença de mérito”, não teremos nenhum recurso ordinário à disposição da parte. Tal atitude vai de encontro à lógica do

sistema, já que, em regra, coloca-se à disposição dos litigantes pelo menos um recurso ordinário.¹⁴⁹

Não obstante a fundamentação exposta, CANDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵⁰ entende pelo não cabimento dos embargos, pois o art. 530 é expresso quando fala da necessidade de sentença de mérito, ou seja, sentença definitiva. Segundo o autor:

“No pensamento do legislador, se a sentença de primeiro grau houver determinado a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), esse recurso será inadmissível ainda quando no julgamento da apelação tenha ocorrido divergência de votos”.

Situação mais grave pode ocorrer quando o julgamento da apelação, nos termos do art. 515, parágrafo 3º não violar lei federal ou a Constituição Federal, quando não teremos acesso a qualquer outro recurso, seja ordinário ou extraordinário. Teria-se tão somente um julgamento, o que contraria os fundamentos de existência dos recursos, quais sejam: insatisfação inata do ser humano com uma decisão contrária aos próprios interesses, possibilidade de erro e má-fé do julgador.¹⁵¹ Um processo justo merece, pelo menos, dois julgamentos quanto aos

¹⁴⁹ Nas palavras de FREITAS CAMARA: “São ordinários os recursos cujo objeto imediato é a tutela do direito subjetivo, e excepcionais aqueles cujo fim imediato é a tutela do direito objetivo. Encontram-se na primeira espécie recursos como a apelação, o agravo e os embargos infringentes, e na segunda localizamos o recurso extraordinário e o recurso especial”. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60. Salientamos que o autor classifica os recursos em ordinários e excepcionais visando não confundir o gênero com a espécie Recurso Extraordinário. A doutrina majoritária os classifica como ordinários e extraordinários.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.201-202.

¹⁵¹ Interessante notar que SERGIO BERMUDEZ, em seu *Comentários ao Código de Processo Civil*, distingue duplo grau de jurisdição de duplo exame, nos seguintes termos: “É importante não confundir o princípio do duplo grau de jurisdição com o princípio do duplo exame. Aquele possibilita a revisão das decisões judiciais por órgãos diversos dos que as proferiram; este, pelo mesmo órgão”. BERMUDEZ, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 12.

fatos, pois a valoração da prova em determinados casos mostra-se difícil e passível de erros.

Em síntese, deveria a lei ter feito referência também a acórdãos de mérito, e não somente a sentenças de mérito, para se fazer incluir o cabimento também nos casos de julgamento do mérito pelo Tribunal.

5.3.3.2 Reforma e anulação da sentença: cabimento ou não dos embargos infringentes

Satisfeita a primeira dúvida, versamos agora sobre a diferenciação que deve ser feita entre *reforma* e *anulação* da sentença. Deve-se partir do pressuposto que o recurso de embargos infringentes tem por intuito extirpar a dúvida surgida entre os dois julgamentos, proferidos no 1º e 2º graus, em sentidos contrários. Julgado o mérito, caso a decisão de 2º grau, no julgamento da apelação, mostre-se em sentido contrário, demonstrando ao jurisdicionado e, mesmo aos julgadores, que não há uniformidade de pensamento quanto à matéria ou provas trazidas aos autos, é de se merecer uma terceira análise, via embargos infringentes, de forma a se dissipar a dúvida. Tal entendimento é buscado nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁵², que afirma:

“Não fica circunscrita, em regra, a um único pronunciamento a apreciação, pelo organismo investido da função jurisdicional, da matéria que lhe compete julgar. Com o propósito de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões, contempla a lei a realização de dois ou mais exames sucessivos, ao passo que, por outro lado, a fim de evitar que se sacrifique a necessidade de segurança, cuida de limitar o número de revisões possíveis”.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 113-114.

Sabe-se que a modificação da sentença, conseqüência do julgamento da apelação, pode ser advinda da reforma ou anulação da decisão. A reforma se dá em virtude de *error in iudicando*, que nas palavras de BARBOSA MOREIRA¹⁵³, é “*resultante de má apreciação da questão de direito, ou da questão de fato, ou de ambas*”, enquanto que o pedido de anulação se dá quando da existência de *error in procedendo*, que nas sempre sensatas palavras de HÉLIO TORNAGHI¹⁵⁴ é definido como o “*erro que ele (o Juiz) perpetra sobre a relação processual; é erro de atividade (error in procedendo), pelo qual infringe uma norma que impõe determinado procedimento*”.

Antes de se responder à inquietante questão sobre o cabimento dos infringentes quando da anulação da sentença, deve-se fazer a seguinte pergunta: a dúvida acerca da justiça ou injustiça da decisão somente é formada quando da reforma da decisão ou também quando de sua anulação?

O legislador quis se referir tão somente à reforma da sentença ou, por um infeliz erro, esqueceu de fazer menção à anulação da mesma?

Indubitavelmente deve-se crer que o legislador “esqueceu” ou, por outro motivo qualquer, não fez incluir na redação do art. 530 do CPC, o termo anulação. Para que a nova redação pudesse, nesse ponto, ser considerada correta, deveria ter feito alusão a “*houver reformado ou anulado, em grau de apelação, a sentença ou acórdão de mérito*”. Sobre a expressão acórdão de mérito, vide tópico retro.

Grande parte da doutrina é silente sobre o presente assunto, preferindo transcrever o texto legal, afirmando que o cabimento somente se dá quando da prolação de acórdão reformador de sentença, ou seja, quando o julgamento de

¹⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 121

¹⁵⁴ Apud, BERMUDEZ, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 23. Sergio Bermudes continua seus ensinamentos, afirmando que “pouco importa a natureza do erro. Qualquer de suas espécies é razão suficiente para impugnar a decisão, eis que, em análise última, a existência de um desses dois vícios revela a injustiça que contém, *id est*, sua distonia com o direito objetivo, material ou processual”.

primeiro grau é reexaminado e modificado. Pensa-se diferentemente da maioria da doutrina ao afirmar ser possível a interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido em apelação que venha a anular a sentença, por todo o exposto, em especial, no que tange à função e objetivo do recurso de embargos infringentes, qual seja, dissipar a dúvida existente entre dois julgamentos contrários. Pensa-se neste sentido tendo em vista os claros ensinamentos de FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁵⁵, uma vez que a anulação gera a alteração no que fora decidido, propiciando um novo parecer sobre a questão. Ainda sobre o assunto, no mesmo sentido temos SÉRGIO SHIMURA¹⁵⁶:

“(...) se o tribunal houver conhecido o recurso e adentrado ao exame do mérito recursal, temos por satisfeito o requisito pretendido pelo legislador, sendo despicienda a distinção entre anulação ou reforma da sentença. Em outras palavras, a reforma alberga duas situações: invalidação e substituição da sentença”.

5.3.3.3 Cabimento quando da anulação parcial da sentença

O presente questionamento deve ser respondido de acordo com a explanação constante no tópico retro, acerca do cabimento dos embargos infringentes quando da anulação da decisão. Sabe-se, a teor do disposto no final do art. 530 do CPC que, sendo parcial a reforma da sentença, os embargos assim também serão classificados. O que falar, então, do cabimento quando a anulação, e não reforma, for parcial? Tem-se o cabimento dos embargos infringentes parciais?

Tendo em vista a nossa conclusão sobre o cabimento dos embargos quando da anulação da sentença, deve-se entender pelo cabimento dos embargos parciais quando a anulação também for parcial. A parte final do art. 530 mostra-se

¹⁵⁵ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.187.

¹⁵⁶ SHIMURA, Sérgio. **Embargos Infringentes e seu novo perfil** in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.503.

bastante clara ao asseverar que os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência quando esta for parcial.

Nada mais natural do que entender que, se a divergência se formou somente quanto a parte da decisão, e afirma-se que tal divergência pode ser formada, conforme demonstrado, por meio de reforma ou anulação da decisão, há que ser cabível o recurso estudado, versando apenas sobre parte da sentença anulada.

5.3.3.4 Juízo de admissibilidade negativo

Faz-se necessária a distinção entre os juízos de admissibilidade e mérito dos recursos, de forma a estabelecer-se se a não admissão do recurso, ou seja, se a negativa no juízo de admissibilidade importa no cabimento dos embargos infringentes. Em primeiro lugar, deve-se fixar que o juízo de admissibilidade dos recursos é um julgamento prévio que visa verificar se o recorrente preencheu todos os pressupostos recursais, de forma que o seu pedido de reforma, anulação esclarecimento ou integração, segundo conceito clássico de BARBOSA MOREIRA, possui fundamento ou não.

Percebe-se que o julgamento a que faz referência o art. 530 do CPC é o juízo de mérito. Chega-se a tal conclusão pois a lei versa sobre *reforma da decisão* (entendido também conforme afirmarmos, como anulação). Tal reforma ou anulação faz-se em um segundo juízo, posterior àquele realizado, regra geral, pelo juízo *a quo*, voltado à verificação dos pressupostos recursais.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Ney fazem a distinção entre juízo de admissibilidade e mérito dos recursos, nas seguintes palavras: “Num primeiro momento, o juiz ou tribunal examina se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso e, se positivo esse juízo, poderá o órgão *ad quem* julgar o mérito do recurso. A estes fenômenos damos os nomes de juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. Quando o tribunal *ad quem* profere juízo de admissibilidade no procedimento recursal, dizemos que ele conheceu ou não conheceu do recurso, conforme seja positivo ou negativo o juízo de admissibilidade. Uma vez conhecido o recurso, o tribunal competente proferirá o juízo de mérito, dando ou negando provimento ao recurso”. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 848.

A pergunta que ora se impõe é a seguinte: sendo negativo o juízo de admissibilidade da apelação, contra tal decisão são cabíveis os embargos infringentes?

Diferentemente dos tópicos versados anteriormente, onde há maiores discussões doutrinárias, quanto ao presente a doutrina já vem firmando entendimento uníssono, qual seja, o de considerar incabível o referido recurso, uma vez que a lei faz referência ao juízo de mérito, ao lançar mão do termo *reforma* e mesmo a doutrina, entendendo também como *anulação*, os dois pedidos estão inclusos no juízo de mérito, posterior e somente possível após o juízo de admissibilidade positivo. SÉRGIO SHIMURA¹⁵⁸ e CANDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵⁹ expõem seus posicionamentos nesse sentido, expondo o primeiro, no seguinte sentido:

“(...) se o tribunal verificar alguma falha nos requisitos de admissibilidade recursal (...), não conhecerá do recurso, situação que, pela nova estrutura, não se adequa às hipóteses de cabimento dos embargos infringentes”.

Complementando o já versado, CANDIDO RANGEL DINAMARCO diz que não há que se falar na interposição dos embargos infringentes quando do juízo de admissibilidade negativo, pois, a reforma ou anulação da apelação presume vencido o juízo de admissibilidade e a procedência da ação rescisória presume o afastamento de quaisquer preliminares que lhe fossem prejudiciais.

¹⁵⁸ SHIMURA, Sérgio. **Embargos Infringentes e seu novo perfil** in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 504-505

¹⁵⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.200.

5.4 MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 10.352/01, QUANTO À AÇÃO RESCISÓRIA¹⁶⁰

Verifica-se a existência de modificações introduzidas no art. 530 do CPC, atinentes ao cabimento dos embargos infringentes em ação rescisória. Caso seja feita uma comparação entre o dispositivo reformado e o reformador, verificar-se-á que, anteriormente à Lei 10.352/01, qualquer que fosse a decisão quanto ao mérito da rescisória, procedência ou improcedência, teria cabimento o recurso de embargos infringentes. Com a restrição pensada pelo legislador, o recurso somente passa a ser cabível quando o julgamento da rescisória for procedente, em julgamento não-unânime, uma vez que, também neste caso, surgiria a dúvida acerca da correção do *decisum*. Primeiramente porque a procedência do pedido formulado na rescisória teria o condão de desconstituir a decisão atacada, também porque a decisão não seria unânime, havendo, na consciência de um julgador, a idéia da correção que se busca rescindir.

Antes de versar sobre as modificações produzidas pela lei reformadora, no que tange ao cabimento, válida se mostra a análise dos conceitos de ação rescisória, juízo *rescindens* e *rescissorium*, de forma a estarmos aptos a estudar no tópico 5.4.3 o significado do termo “houver julgado procedente a ação rescisória”, contido no art. 530 do CPC.

¹⁶⁰ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. INCABIMENTO. DECISÃO DE REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL.

1. "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." (Artigo 530 do Código de Processo Civil, redação original).

2. Dada a sua natureza jurídica, os embargos infringentes somente são cabíveis contra os acórdãos proferidos por maioria, que põem termo à ação rescisória, com ou sem julgamento do mérito, ainda que em sede de agravo regimental.

3. Em se cuidando de decisão que não põe termo à ação rescisória, limitando-se a decidir acerca da regularização da representação processual da parte, não são cabíveis os embargos infringentes.

4. Recurso improvido.

(REsp 413.749/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18.11.2004, DJ 01.02.2005 p. 623)

5.4.1 Conceito de ação rescisória

A ação rescisória pode ser qualificada como uma ação autônoma de impugnação, que se diferencia dos recursos por fazer nascer nova relação jurídica processual. Os recursos, por sua vez, são considerados como extensão do direito de ação exercido em primeiro grau de jurisdição, sendo que sua interposição não acarreta a formação de nova relação processual.

Essa diferenciação é feita de forma bastante didática por PONTES DE MIRANDA, citado por HUMBERTO THEODODO JÚNIOR¹⁶¹, da seguinte forma:

“Trata-se da ação rescisória, que não se confunde com o recurso justamente por atacar uma decisão já sob o efeito da res iudicata. Estamos diante de uma ação contra a sentença, diante de um remédio com que se instaura outra relação jurídica processual, (...)”.

Possui a referida ação¹⁶² a finalidade de corrigir sentenças de mérito maculadas pelos vícios descritos no art. 485 do CPC, salientando-se que tal enumeração é taxativa.¹⁶³

Adota-se o conceito propugnado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em seu *“Comentários ao Código de Processo Civil”*¹⁶⁴, para quem *“chama-se*

¹⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.634-635.

¹⁶² “A ação rescisória é tecnicamente ação, portanto. Visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença como ato jurídico viciado. Conceituam-na Bueno Vidigal e Amaral Santos como ‘a ação pelo qual se pede a declaração de nulidade da sentença’. Assim, hoje, não se pode mais pôr em dúvida que a rescisória é ‘ação tendente à sentença constitutiva’”. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. ed 42. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 721.

¹⁶³ “As hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em *numerus clausus* na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva”. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 829.

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 99.

rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição da sentença trântita em julgado, com eventual rejuigamento, a seguir, da matéria nela julgada”.

Das lições de BARBOSA MOREIRA, com a simples inclusão do adjetivo *de mérito* ao termo sentença, para melhor compreensão, consegue-se extrair a existência de dois tipos de juízos ou julgamentos realizados em sede de rescisória: os denominados *juízos rescindens e rescisorium*.

5.4.2 Juízos rescindens e rescisorium;

Desconstituição da decisão e novo julgamento são etapas que podem estar presentes no julgamento da ação rescisória. Procedente o pedido formulado no *juízo rescindens*, anulada restará a sentença de mérito impugnada. Por sua vez, procedente o pedido formulado no *juízo rescisorium*, um novo julgamento será proferido, em substituição ao viciado. Em síntese, tem-se os dois pedidos que podem ser realizados em sede de ação rescisória, dependendo do vício apontado como ensejador da ação autônoma de impugnação.

Segundo entendimento esboçado por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO¹⁶⁵:

“é possível que na ação rescisória sejam cumulados dois pedidos sucessivamente: o de desconstituição (anulação) de decisão trântita em julgado e, superada esta fase, do proferimento de nova decisão. Este, o iudicium rescissorium (juízo rescisório); aquele o iudicium rescindens (juízo rescindendo)”.

Algumas das hipóteses de cabimento da ação rescisória, previstos no art. 485 do CPC ensejam tão somente o pedido de rescisão, enquanto outros se destinam também ao rejuigamento da causa. Saliente-se que o *juízo rescindens* sempre

¹⁶⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTERPRETADO / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 1493.

estará presente, enquanto que o *rescisorium* dependerá da hipótese de cabimento. Dois exemplos simples aclaram nossa explicação: 1. Uma sentença de mérito proferida por juízo absolutamente incompetente inibirá a propositura de ação rescisória contendo os dois juízos, ou seja, conterà o pedido de rescisão, anulação, desconstituição da decisão proferida por juízo absolutamente incompetente e o pedido de novo julgamento, vez que os atos decisórios são anulados quando reconhecido tal vício, a teor do art.113 do CPC. 2. Sentença de mérito proferida sobre litígio já pacificado, em que não foi, portanto, reconhecida a objeção de coisa julgada. A eventual ação rescisória que venha a ser ajuizada terá como pedido a anulação da decisão, caracterizando, portanto, o juízo rescindens. Já o juízo rescisorium não estará presente, pois não há que se fazer novo julgamento, devendo prevalecer aquele que atingiu a coisa julgada em primeiro lugar.

Em síntese, trata-se da ação desconstitutiva em seu pedido de rescisão e ação condenatória, declaratória ou constitutiva em seu pedido de novo julgamento, conforme ensinamento de SCARPINELLA BUENO.¹⁶⁶ Também NERY e NERY possuem o mesmo entendimento, afirmando ainda que:

“Como a rescisória visa sempre desconstituir a sentença eivada de um dos vícios mencionados no CPC 485, o juízo rescindendo está presente em todas elas. O juízo rescisório deve ser deduzido na maioria das ações rescisórias, sendo que, por exceção, pode não ser necessário, como por exemplo no caso do art. 485 IV: anulada a sentença que ofendera a coisa julgada, não há necessidade de julgar-se novamente a lide, porque já se encontrava definitivamente julgada quando sobreveio a sentença rescindenda”.

¹⁶⁶ Segundo o referido autor, “a doutrina e a jurisprudência não divergem quanto à natureza jurídica da ação rescisória. Trata-se, fundamentalmente, de ação desconstitutiva (constitutiva negativa) porque seu objeto precípua é o desfazimento de anterior coisa julgada. Se for o caso (CPC, arts. 488, I e 494), a ação rescisória terá natureza declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental, consoante a natureza do pedido que será rejuizado no *judicium rescissorium*.” CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTERPRETADO / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004, p. 1474.

5.4.3 Significado do termo “houver julgado procedente a ação rescisória”, contido no art. 530 do CPC;

O ponto de maior destaque nesse capítulo refere-se ao cabimento dos embargos infringentes, em especial após a nova redação do art. 530 do CPC. Por esse motivo, não se despenderam maiores considerações sobre o conceito de ação rescisória e seus juízos. O que nos interessa nesse tópico é analisar qual o sentido da expressão “*houver julgado procedente a ação rescisória*”, presente na atual redação do art. 530 do Código de Processo Civil. Julgar procedente a ação rescisória significa aceitar todos os pedidos formulados pelo autor, seja no *juízo rescindens*, seja no *juízo rescisorium*?

Da análise dessa questão surgirá o raciocínio acerca do cabimento dos embargos infringentes, concluindo-se, após dissecar os casos controvertidos, o estudo a respeito do cabimento dos infringentes, segundo o que dispõe o Código de Processo Civil.

Salienta-se que os pedidos formulados apresentam uma relação de preliminariedade na ação rescisória (rescisão e novo julgamento) sendo sucessivos e prejudiciais. Somente haverá novo julgamento se o pedido de rescisão da decisão for julgado procedente e se, na hipótese concreta for possível obter o novo julgamento. O pedido de novo julgamento (*judicium rescisorium*) somente será analisado caso a pretensão do *judicium rescindens* seja acolhida. Assim sendo, temos pedidos cuja preliminariedade se mostra inata. Tal fato será determinante para a apreciação do cabimento dos infringentes.

Encontra-se na doutrina^{167 168} quem entenda a expressão “julgado procedente a ação rescisória” como atendidos todos os pedidos formulados pelo autor, tanto no

¹⁶⁷ MIRANDA, Gilson Delgado in CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTERPRETADO / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004.

juízo rescindente, quanto no rescisório, quando formulado; outra interpretação é dada quanto a não obrigatoriedade de procedência em todos os pedidos formulados, e sim, quanto a pelo menos um, sendo tal julgamento por maioria.

Passa-se, nesse momento, à análise de algumas hipóteses de julgamento da ação rescisória, em seus dois juízos, de forma a tentar sistematizar as normas quanto ao cabimento dos infringentes nessa ação típica.¹⁶⁹

Sendo formulado apenas o *juízo rescindens*, visando tão somente à anulação da decisão de mérito trânsita em julgado, o que ocorre quando a alegação da parte consiste na ofensa da coisa julgada ou litispendência e havendo julgamento por maioria quanto a este pedido, patente se mostra a embargabilidade do aresto. Sendo o único pedido formulado, a procedência do mesmo, por votação majoritária, abre a via dos embargos infringentes. CHEIM JORGE, DIDIER JR E ABELHA RODRIGUES¹⁷⁰, nos falam que quando o pedido contemplar tão somente a rescisão da sentença, sem formulação de pedido no sentido de novo julgamento, serão interponíveis os embargos da decisão que julgar procedente aquele primeiro pedido, desde que por maioria.

Na hipótese de formulação dos dois pedidos, rescisão e novo julgamento, a decisão por maioria no primeiro (*juízo rescindens*), levará ao cabimento dos infringentes, caso o rejuízo seja em sentido diferente daquele constante da decisão rescindida, ou seja, a modifique, pois, caso contrário, não haverá interesse recursal ao embargante, uma vez que foi atingida a mesma situação existente antes da rescisão. Salienta-se que neste aspecto, pouco importa se o julgamento realizado no *juízo rescisorium* foi por maioria ou unânime, pois a

¹⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁶⁹ Sobre a ação rescisória como ação típica, vide YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁷⁰ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.189.

embargabilidade restará patente no primeiro juízo. É no seguinte sentido as explicações de FLAVIO CHEIM JORGE¹⁷¹:

“Assim, se o tribunal rescinde, por maioria de votos, a sentença proferida por juiz impedido (art. 485, II, do CPC) mas mantém a conclusão da decisão rescindenda, os embargos infringentes não terão cabimento, mesmo que a ação rescisória tenha sido decidida por maioria de votos”.

Avançando nas considerações, verifica-se a hipótese de julgamento unânime no primeiro juízo, pela rescisão do julgado e julgamento por maioria no segundo juízo. Em tal caso, e desde que o *juízo rescisorium* seja por maioria e modifique a decisão, cabíveis mostram-se os infringentes. Caso contrário, se o rejuízo apontar para situação idêntica à anterior, não haverá, conforme dissemos, interesse recursal nos embargos infringentes.

Outra hipótese que pode ser verificada é a ocorrência de julgamento por maioria nos dois *juízos* formulados. Existindo, p. ex., prevaricação do juiz e condenação do réu ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ação rescisória versará sobre a desconstituição da decisão e novo julgamento. Caso a referida sentença seja desconstituída por maioria e o pedido de condenação julgado também por maioria, teremos acesso aos infringentes, tanto se a nova decisão for igual, quando o autor da rescisória terá interesse na modificação do julgado e sendo diferente o rejuízo, a manutenção do estado anterior será de interesse do réu da ação rescisória, por ser aquela situação mais benéfica.

O último caso a ser analisado versa sobre o julgamento unânime proferido tanto no *juízo rescindens* quanto no *juízo rescisorium*. Não se tem na essência dos embargos infringentes a modificação de uma decisão proferida por unanimidade, razão pela qual descabe falar nos mesmos nesta situação.

¹⁷¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

Em síntese, só se pode afirmar que o cabimento dos embargos infringentes em ação rescisória mostra-se de fácil percepção quando formulado apenas o *juízo rescindens* e a decisão for desconstituída por maioria. Nos demais casos, em que são formulados os pedidos de rescisão e novo julgamento, deve-se verificar se o rejuízo modificou a situação estabelecida pela decisão trânsita em julgado, quando surgirá o interesse recursal na interposição dos infringentes. Caso contrário, mesmo que as decisões proferidas sejam por maioria, não há que se falar no cabimento do referido recurso, pois o entendimento que se deve dar à “procedência” da ação rescisória é a criação de uma situação nova para o processo, que pode ser entendida como a simples rescisão, em sendo o único pedido ou o julgamento diferente do anterior, nas hipóteses de rejuízo analisadas.

5.5 CASOS CONTROVERTIDOS DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

5.5.1 Mandado de segurança¹⁷²

A dúvida sobre o cabimento de embargos infringentes em face de acórdão que julga por maioria de votos a apelação no procedimento do mandado de segurança não é recente. Desde o advento do Código de Processo Civil de 1973, doutrina e jurisprudência divergem quando o assunto é impugnação via embargos infringentes em mandado de segurança.

À época do Código de Processo Civil de 1939, tal dúvida inexistia, visto o art. 833 fazer menção expressa ao cabimento do recurso, nos seguintes termos: “(,,,) 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(...)”. A dúvida passa a surgir com o advento da Lei 1533/51, pois a

¹⁷² AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 578.159 - RS (2003/0237578-6)

mesma não previu em seu procedimento o recurso de embargos infringentes, tendo possibilitado a interposição, tão somente, de apelação.

A corrente doutrinária, que a nosso ver é a correta, é capitaneada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, afirmando o cabimento dos embargos, uma vez que não há previsão legal em contrário. Para o autor, não há que prosperar a pretensão daqueles que dizem não ser cabível o recurso pelo simples fato da lei especial não o ter previsto. Para o autor, somente se poderia afirmar o não cabimento se houvesse, na legislação especial, previsão expressa em contrário. São suas as seguintes palavras:

*“Atenta à 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 regra expressa em contrário, ou quando o repila claramente a sistemática da lei especial. Semelhante incompatibilidade, embora com argumentos inconvincentes, tem sido afirmada, em sede jurisprudencial, com relação ao processo do mandado de segurança, no qual, por isso, em regra se vem considerando incabíveis os embargos”.*¹⁷³

BARBOSA MOREIRA mantém o mesmo pensamento em seu “O Novo Processo Civil Brasileiro”, ao afirmar que: “De acordo com o disposto no art. 530 (em princípio, aplicável inclusive a processos regidos por leis especiais)(...)”¹⁷⁴.

Outros doutrinadores, como NELSON NERY JÚNIOR¹⁷⁵, entendem serem cabíveis os embargos, uma vez que as normas do Código de Processo Civil se

¹⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 512.

¹⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 149.

¹⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.1039.

aplicam subsidiariamente aos procedimentos especiais, no que não lhe for contrário. São suas palavras:

“São cabíveis EI em acórdão não unânime, proferido em apelação nos processos de falência e de mandado de segurança. Aplica-se o CPC subsidiariamente nas ações regidas por leis especiais, como é o caso da LF e da LMS. Não há nenhuma incompatibilidade na aplicação do CPC 530 aos processos falimentares e de mandado de segurança. (...) entendemos ser momento de os tribunais superiores revisarem suas súmulas restritivas dos EI em mandado de segurança”.

Também o pensamento de CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁷⁶ se coaduna com NELSON NERY JÚNIOR, com o qual também se deve concordar. BARBI se refere ao problema da seguinte forma:

“(...) a já mencionada preocupação em não se criar restrições indevidas ao uso do mandado de segurança aconselha, para eficaz defesa do cidadão, o cabimento de embargos infringentes contra acórdão que, em apelação, por maioria dos votos, julgar mandado de segurança (...)”.

Alguns grandes doutrinadores, como JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁷⁷, entendem que tal recurso não seria cabível no procedimento do mandado de segurança, tendo em vista a lei nº 1533/51, a qual instituiu o *writ* constitucional, ser especial em relação ao CPC e não ter previsto o aludido recurso em seu bojo.

Tal pensamento não pode prosperar, pois há que se falar em aplicação subsidiária do CPC às leis especiais. Assim, todas as leis especiais que contém dispositivos de direito processual sofrem influência do Código de Processo Civil. Assim

¹⁷⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 210-211.

¹⁷⁷ MARQUES, José Frederico Marques. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 250

acontece com a Consolidação das Leis Trabalhistas, com a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e muitas outras. Se todas elas sofrem a influências das normas do CPC, porque com a Lei 1533/51 seria diferente?

Não obstante todos os fundamentos trazidos pela doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostra-se contrária à utilização do recurso, tendo inclusive editado a Súmula nº 597, de seguinte teor: *“Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”*. Também o STJ editou a Súmula 169, cujo conteúdo segue: *“São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”*. Todas as recentes decisões judiciais^{178 179 180 181 182} sobre o tema

¹⁷⁸ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ATIVIDADE DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO INCABÍVEL. SUSPENSÃO OU INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL . IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. I - Não cabe embargos infringentes de decisão dada por maioria na apelação em mandado de segurança. II - A interposição de recurso incabível não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação de recurso especial. Precedentes: Resp nº 660.380/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 28/03/2005; AgRg no AG nº 639.421/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 01/02/2005; AGA nº 535.370/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 19/04/2004; Resp nº 442.886/SC, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJ de 31/03/2003. III - Agravo regimental improvido.

¹⁷⁹ PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 169/STJ. 1. "São inadmissíveis embargos infringentes em processo de mandado de segurança" - Sumula nº 169/STJ. 2. Recurso especial provido.

¹⁸⁰ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS INFRINGENTES - DESCABIMENTO - SÚMULA 169/STJ - TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA - ART. 77 DO CTN. 1. São inadmissíveis embargos infringentes em processo de mandado de segurança - Súmula 169/STJ. 2. O STF já proclamou a constitucionalidade de taxas, anualmente renováveis, pelo exercício do poder de polícia, e se a base de cálculo não agredir o CTN. 3. Afastada a incidência do enunciado da Súmula 157/STJ. 4. Desnecessária a prova da efetiva fiscalização, sendo suficiente sua potencial existência. 5. Recurso especial improvido.

¹⁸¹ PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS INFRINGENTES. DESCABIMENTO. COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EFEITOS MODIFICATIVOS. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. É uníssono neste Tribunal Superior o entendimento de que não cabem embargos infringentes contra aresto que, em mandado de segurança, decidiu a apelação por maioria (Súmulas nºs 169/STJ e 597/STF). 2. O Tribunal a quo negou a pretensão da recorrente com supedâneo em matéria eminentemente constitucional, de competência do STF e, portanto, fora do âmbito de apreciação do recurso especial. 3. A solução da controvérsia federal suscitada pela recorrente, a violação ou não do art. 110 do CTN, demanda a delimitação constitucional do conceito de "faturamento", termo utilizado pela Carta Magna para fins de incidência da COFINS e do PIS. Atividade hermenêutica deste jaez compete igualmente ao Pretório Excelso, e não a este Tribunal Superior. 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

fazem referência às aludidas súmulas, que há muito já deveriam ter sido revistas pelo STF e STJ.

Já passou da hora dos Tribunais Superiores repensarem suas súmulas restritivas do cabimento dos Embargos Infringentes em Mandado de Segurança, por serem insubsistentes os fundamentos apontados, por exemplo, o fato da Lei 1533/51 não ter previsto a modalidade recursal referida em seu texto. Tal fundamento deve ser rechaçado do pensamento jurídico, ante a aplicação subsidiária do CPC, por mostrar-se absurdo e nefasto aos interesses dos jurisdicionados e do próprio Estado, que busca atingir os escopos social, político e jurídico do processo. Não existe qualquer dado concreto que demonstre a inutilidade dos embargos infringentes. Muito pelo contrário, os dados estatísticos dispostos no capítulo 4 do presente estudo demonstram que os recursos em geral, incluindo, portanto, os embargos infringentes, exercem, ainda hoje, sua precípua função reformadora, razão pela qual devem estes ser mantidos no sistema e terem seu cabimento alargado, principalmente, em Mandado de Segurança, Remessa Necessária ou *ex officio* e agravos, conforme será analisado a seguir.

Em síntese, pecam os Tribunais Superiores por manterem vigentes as Súmulas referentes ao não cabimento dos Embargos Infringentes em Mandado de Segurança, uma vez que não prosperam os argumentos apresentados, sobretudo, que a lei 1.533/51 é especial em relação ao Código de Processo Civil e que, portanto, o último não deve ser aplicado subsidiariamente.

¹⁸² Recurso: EI 125871 1 Origem: SANTOS Orgão: CCIV 3 Relator: FLAVIO PINHEIRO Data: 13/08/91 Lei: SSTF 597 - EMBARGOS INFRINGENTES - OPOSIÇÃO EM ACÓRDÃO QUE, EM MANDADO DE SEGURANÇA, DECIDIU POR MAIORIA DE VOTOS, A APELAÇÃO - NÃO CABIMENTO - SÚMULA 597 DO STF - EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. AINDA QUE PROFERIDA A APELAÇÃO, A DECISÃO, TOMADA POR MAIORIA DE VOTOS, EM AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, CONTRA ELA NÃO CABEM EMBARGOS INFRINGENTES. E QUE A SIMPLES MUDANÇA DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA APELAÇÃO NÃO IMPORTOU EM INCORPORAR O PROCESSO DE AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA AO VIGENTE CPC. CONTINUA REGIDO POR LEI ESPECIAL COM AS ALTERAÇÕES FORMAIS NELA INTRODUZIDAS.

5.5.2 Remessa Necessária¹⁸³

Também se discute, de longa data, se os Embargos Infringentes seriam cabíveis contra decisão proferida em remessa *ex officio* (art. 475 de CPC), quando julgada por maioria de votos. O cerne do problema envolve a função exercida pela remessa necessária, chamada por BUZAID de *apelação ex officio*. Teria o mecanismo do art. 475 do CPC a mesma função dos recursos, mesmo desprovido de voluntariedade, ou seria condição para a eficácia da sentença¹⁸⁴ proferida nos casos descritos pelo mesmo artigo da lei? Respondendo à pergunta formulada, chega-se à conclusão sobre o cabimento ou não do referido recurso. Ressalta-se que tal dúvida inexistia antes do Código de Processo Civil de 1973, pois o anterior (1939) versava que ao recurso *ex officio* seriam aplicadas as mesmas normas referentes ao recurso voluntário. Segundo dispõe CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁸⁵,

“(...) em ação ordinária regida pelo Código de Processo Civil de 1939, vencida a Fazenda Pública, o juiz interpunha a apelação ex officio. Se julgada esta por maioria de votos, era pacífico o cabimento de embargos infringentes pelo vencido, quer fosse a Fazenda quer fosse a outra parte”.

As decisões judiciais mostram-se mais díspares, encontrando-se grande quantidade de julgados que afirmam o cabimento^{186 187}, apoiando-se no

¹⁸³ RECURSO ESPECIAL Nº 402.970 - RS (2002/0001249-3), RECURSO ESPECIAL Nº 485.743 - ES (2002/0155833-7) e RECURSO ESPECIAL Nº 511.830 - RS (2003/0027599-2)

¹⁸⁴ Alexandre Freitas Câmara nos diz que “a posição doutrinária dominante é no sentido de negar ao duplo grau obrigatório a natureza de recurso, como se fez no texto, considerando-o uma condição de eficácia das sentenças que a ele estão sujeitos. O mesmo autor nos diz que Sérgio Bermudes sustenta a posição contrária. CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 53, nota de rodapé nº 2.

¹⁸⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.211.

¹⁸⁶ PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DECISÃO NÃO UNÂNIME EM REMESSA DE OFÍCIO. CABIMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CRÉDITOS ILÍQUIDOS. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SUBSTITUIÇÃO. EMENDA DA INICIAL. REQUISITOS. PREJUÍZO À DEFESA. 1. Pacificado que a remessa de ofício equipara-se a recurso para os fins do art. 557 do CPC (Súmula nº 253/STJ), mostra-se plausível interpretar

entendimento de que a remessa necessária possui a mesma função que a apelação voluntária e inúmeros acórdãos negando o referido cabimento^{188 189 190}, ao asseverarem que, faltando a voluntariedade, característica própria dos recursos, não se teria como afirmar a natureza jurídica de recurso e, conseqüentemente, a não utilização do art. 530 do CPC. FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁹¹, ao dissertar sobre o princípio da voluntariedade, o faz afirmando que “a vontade do recorrente inequivocamente manifestada se torna elemento essencial

extensivamente o termo "apelação" contido no art. 530 do CPC, permitindo-se a interposição de embargos infringentes em decisão não unânime proferida em reexame necessário. 2. Inexiste a previsão legal exigida no art. 170 do CTN para a compensação de débito tributário da empresa com créditos relativos a desequilíbrio econômico-financeiro de contrato mantido com o Poder Público. Ademais, somente se mostram aptos à compensação créditos líquidos e certos. 3. A jurisprudência desta Corte vem entendendo que não se deve declarar a nulidade da CDA, ainda que ela se ressinta de algum dos requisitos indicados no art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, quando tais falhas sejam supridas por outros elementos constantes nos autos, permitindo a ampla defesa do executado. 4. A substituição da certidão de dívida ativa por outra de valor menor não impõe expressa modificação do valor da execução na inicial, até porque a nova certidão - que integra a exordial (Lei nº 6.830/80, art. 6º, § 1º) - já indica que a execução será pela quantia nela constante. 5. Recurso especial a que se nega provimento.

¹⁸⁷ PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. RECURSO ESPECIAL. ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 281/STF. I - Sendo a decisão tomada por maioria de votos no julgamento da apelação e da remessa ex officio, deveria a parte, antes de interpor o recurso especial, esgotar os recursos ordinários cabíveis na instância de origem, in casu, os embargos infringentes. II — Aplicação da Súmula nº 281/STF. Recurso não conhecido.

¹⁸⁸ PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO PROFERIDA POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. I - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, não são cabíveis embargos infringentes contra decisão proferida, por maioria, em remessa necessária. II - Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero "complemento ao julgado", ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. III - O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos têm limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos nfringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei. IV - Recurso não conhecido.

¹⁸⁹ PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO DADA POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. 1. Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária. 2. Agravo regimental conhecido e não provido.

¹⁹⁰ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONSTATADA. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO ACIDENTE. REMESSA NECESSÁRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. DESCABIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITO MODIFICATIVO. 1. Negou-se provimento ao agravo regimental porque intempestivo o agravo de instrumento e porque não esgotada a instância a quo. 2. São incabíveis embargos infringentes contra o acórdão não unânime que reforma a sentença de mérito em sede de reexame necessário. Precedentes. 3. In casu, percebe-se que, além da remessa ex officio, foi interposta apelação pelo instituto previdenciário, o que torna imprescindível o manejo dos embargos infringentes para que seja proferida decisão em última instância pelo Tribunal Regional. 4. Embargos de declaração acolhidos para suprir a omissão constatada, sem atribuição de efeito modificativo ao julgado.

¹⁹¹ JORGE, Flávio Cheim, **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 179.

para a admissibilidade e existência do recurso. Por tal razão é que a remessa necessária (art. 475, CPC) não pode ser considerada um recurso”.

Corroborando a tese do referido autor, CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁹² nos informa que ALFREDO BUZAID, idealizador do Código de Processo Civil de 1973, defendeu que o recurso *ex officio*, chamado por ele de *apelação ex officio*, não seria na verdade recurso, pois este se presume voluntário e interposto pelas partes, o que não ocorre nos casos do art. 475 do CPC. Segundo aquele autor, o juiz não seria legítimo a interpor recurso, por não ser parte, razão pela qual pugna pela não admissibilidade dos embargos infringentes contra decisão em recurso *ex officio*.

Não obstante não ser tratado como recurso, e sim, como condição de eficácia da sentença, não podemos olvidar o significado do termo recurso e sua finalidade no sistema. Percebe-se que os termos *recurso* e *recorrer* significam, respectivamente, “*ato ou efeito de recorrer*” e “*percorrer novamente*”¹⁹³, tem-se que afirmar que, mesmo não sendo considerado pela doutrina majoritária como recurso, a remessa necessária desenvolve a função própria de recurso, fazendo com que a decisão judicial “percorra” novamente o caminho trilhado, buscando nova decisão sobre a matéria julgada. Assim sendo, seriam cabíveis os Embargos Infringentes. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁹⁴ e CELSO AGRÍCOLA BARBI, se posicionam quanto ao cabimento dos embargos infringentes, por possuir a remessa necessária (remessa *ex officio*, *apelação ex officio*) a essência dos recursos¹⁹⁵, qual seja, a de proporcionar o reexame da matéria objeto do

¹⁹² BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.211.

¹⁹³ <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=recorrer>

¹⁹⁴ O autor demonstra sua predileção pelo cabimento dos embargos infringentes, fazendo-o através de um exemplo que demonstra claramente a importância do mesmo. Senão, vejamos: “*é ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória – o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado e o Município, omitir-se do que apelar*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p 513.

¹⁹⁵ “Etimologicamente, a palavra recurso origina-se do latim *recursus* e designa o ato de alguém voltar para o lugar de onde saiu. Na exegese da palavra é possível encontrar o objetivo do instituto, concernente em fazer

litígio, de forma a aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Com muito mais razão, defende-se o cabimento dos Embargos Infringentes após a verificação dos dados estatísticos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstrando que os recursos interpostos e julgados no 2º grau de jurisdição, dentre eles os infringentes, proporcionaram a reforma das decisão em 33,97% (trinta e três inteiros e noventa e sete centésimos percentuais). Além disso, não se pode expandir demasiadamente o privilégio da Fazenda Pública, em prejuízo dos princípios do contraditório e ampla defesa, pois poder-se-ia perpetuar decisões erradas, cuja impossibilidade de modificação por via dos embargos infringentes deu-se, unicamente, pela inércia do Poder Público, conforme nos demonstra BARBOSA MOREIRA, em exemplo já citado. Por fim menciona-se o pensamento do referido mestre, o qual entende-se totalmente correto: *“Embora tecnicamente não se trate de julgamento de apelação, têm-se considerado cabíveis os embargos infringentes também contra acórdãos proferidos, sem unanimidade, em revisão obrigatória (art. 475), se reformada a sentença”*.¹⁹⁶

5.5.3 Agravo de Instrumento, retido e regimental¹⁹⁷

desaparecer a situação configurada com a decisão desfavorável., muito embora tal noção não permita fornecer um conceito estritamente técnico dos recursos”. CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recurso Cíveis**. 2 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

¹⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005., p. 149

¹⁹⁷ Em que pese o teor do artigo 530, do Código de Processo Civil, aduzir que "cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória", há amplo entendimento, doutrinário e jurisprudencial, que cabem os mesmos em hipóteses onde, tendo em vista a natureza do julgado, extingue-se a ação, acolhendo matéria de mérito discutida no recurso de agravo. Isto fica claro, desta interpretação, tendo em vista que a *ratio legis* dos embargos infringentes é justamente para casos onde o mérito da ação é discutido, como são exemplares os julgados de apelação e ação rescisória. (...)Assim sendo, toda vez que v. julgado de recurso de agravo de instrumento, extinguir a ação, como se apelação fosse, como na hipótese típica de acolhimento de prescrição ou decadência, de direito o seu enfrentamento por embargos infringentes. MATOS, Eneas de Oliveira. Embargos Infringentes em Agravo de Instrumento?. DireitoNet, São Paulo, 25 abr. 2002. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/64/44/644/>>. Acesso em: 05 dez. 2005

Por último, porém, não menos importante, tem-se a discussão acerca do cabimento dos embargos infringentes quando o julgamento em sede de agravo de instrumento, retido e regimental se faz por maioria de votos. Tal questão, outrora bastante polêmica, vem se delineando doutrinária e jurisprudencialmente, inclusive com a edição da Súmula 255 do STJ, que admite a interposição dos infringentes quando o julgamento do agravo retido importar em análise do mérito da causa.

As manifestações acerca do cabimento do referido recurso já se faziam notar antes da reforma implementada pela Lei 10.352/01, quando ainda se tinha o cabimento, pelo menos pensado pelo legislador, mais amplo, sem as “restrições”¹⁹⁸ impostas pela reforma processual.

A redação anterior, restritiva quanto ao cabimento dos infringentes apenas no julgamento de recurso de apelação, conforme ensinamentos de FLÁVIO CHEIM JORGE¹⁹⁹, já era interpretada pela doutrina e jurisprudência no sentido de possibilitar à parte a impugnação das decisões proferidas em agravos, em determinados casos, por embargos infringentes. Segundo o autor, *“em inúmeras situações têm-se admitido, corretamente, a interposição dos embargos infringentes contra acórdãos provenientes do recurso de agravo”*, sendo *“completamente diferente dessa interpretação literal do art. 530, do Código de Processo Civil.”*

Conforme se pode verificar quando da análise do conceito e importância do recurso de embargos infringentes, a possibilidade de erro no julgamento da apelação e da ação rescisória é considerado pelo legislador como pernicioso ao sistema, em especial, por tratarem-se de decisões importantes do processo, mais

¹⁹⁸ Destaca-se o termo “restrições” pois, conforme verificado durante grande parte deste capítulo, entendemos que a restrição ao cabimento dos embargos infringentes não se operou da forma preconizada pelo legislador. Demonstra-se de forma exaustiva, apoiados em importante doutrina, que não se deve fazer uma interpretação restritiva dos termos da lei, em especial, quanto aos termos ‘reforma’ e ‘em grau de apelação’. Segundo entendimento esboçado, a reforma implementada pela lei 10.352/01, ficou aquém do pretendido pelo legislador. Verifica-se tal fato a partir do possível cabimento dos infringentes em Mandado de Segurança, Remessa Necessária, e agora, em acórdãos proferidos em agravos de instrumento, retido e regimental, proferidos por maioria.

¹⁹⁹ CHEIM, Flavio Cheim. Embargos Infringentes: uma visão atual, *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.291.

importantes que as interlocutórias, razão pela qual restaram excluídos os julgamentos proferidos em agravos. Certamente o legislador buscou no critério da importância da decisão o cabimento do recurso em tela.

Concorda-se que, regra geral²⁰⁰, os julgamentos proferidos em agravos geram consequências mais simples ao processo, na medida em que impugnam decisões interlocutórias, que não possuem força para extinguir o processo, tal como a sentença, impugnável por apelação. Ocorre que, em alguns casos particulares, o julgamento proferido no recurso pode levar à extinção do processo, tal como o reconhecimento da prescrição ou decadência. O provimento do recurso de agravo levará ao reconhecimento da prescrição ou decadência, tendo por consequência a imediata extinção do processo, com julgamento do mérito. Resta claramente demonstrado que o julgamento do agravo possui importância equiparada à apelação, uma vez que leva à extinção do processo. Com precisão, FLÁVIO CHEIM JORGE²⁰¹ enuncia que:

“(...) nem sempre é possível dizer que o julgamento do agravo não é tão importante quando o da apelação. Por essa razão, quando o agravo assume um papel de extrema importância, tendo em vista o resultado que o seu julgamento pode propiciar, a doutrina e a jurisprudência passaram, corretamente, a admitir a possibilidade de interposição dos embargos infringentes”.

O entendimento esboçado em nada se altera com a nova redação do art. 530 imposta pela Lei nº 10.352/01. Aliás, a nova redação facilita o entendimento acerca do cabimento, por tratar de acórdãos não unânimes proferidos “*em grau de apelação*”. Estando os agravos de instrumento, retido e regimental no mesmo grau do recurso de apelação e possuindo aqueles a mesma importância destes, nos

²⁰⁰ Refere-se à “regra geral”, pois toda regra possui sua exceção e alguns julgamentos proferidos em agravo podem ter igual importância, se comparados àqueles proferidos em apelação ou ação rescisória.

²⁰¹ JORGE, Flávio Cheim. **Embargos Infringentes: uma visão** atual, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.291-292.

casos em que o provimento do recurso enseja a extinção do processo, nada mais natural do que permitir a interposição dos infringentes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca do assunto, antes e após a reforma processual, sempre no sentido do cabimento. Verificam-se abaixo as interpretações do referido Tribunal antes da "*reforma da reforma*":

"Excepcionalmente se admitem os embargos infringentes em acórdão não unânime proferido no julgamento de agravo de instrumento, quando o tribunal, ao dar provimento ao agravo, extingue o processo sem conhecimento do mérito. Neste caso o julgamento do agravo é final, porque encerra o processo, tendo conteúdo e fazendo as vezes de sentença (CPC 162 § 1.º). O resultado do julgamento do agravo, portanto, o equipara ao recurso de apelação, razão pela qual deve ser dado ao caso o mesmo tratamento que se dá à apelação, vale dizer, admitindo-se o cabimento dos embargos se o acórdão não for unânime." Em pp. 776-777, de Código de Processo Civil Comentado, 3º ed., São Paulo, RT, 1997.

"Embargos infringentes. Agravo retido. 1. A doutrina e a jurisprudência entendem admissível o recurso de embargos infringentes contra decisão majoritária proferida em agravo retido quando se trate de questão de mérito. 2. Recurso conhecido e provido". RESP 193741/RJ; DJ 13/12/1999, PG:00143, Relator Min. CARLOS ALBERTO MENEZES.

As decisões mantiveram-se no sentido do cabimento, após a edição da Lei nº 10.352/01, conforme aresto abaixo colacionado, proveniente de julgamento em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – EMBARGOS INFRINGENTES – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MATÉRIA DE MÉRITO – CABIMENTO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 530 CPC – SÚMULA 255 STJ.

- São cabíveis embargos infringentes contra decisão majoritária proferida em agravo de instrumento, quando neste for decidida matéria de mérito.

- Posicionamento adotado pela eg. Corte Especial, em agravo retido, aplicável à espécie, em face do entendimento de que o conteúdo da matéria decidida e não a natureza do recurso, é que define o cabimento dos embargos infringentes.

- Embargos de divergência acolhidos.

(REsp 276.107/GO, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 04.06.2003, DJ 25.08.2003 p. 254)

O mesmo entendimento deve ser dado ao agravo retido. A circunstância do mesmo ser analisado como preliminar da apelação não permite concluir que faça parte de outro, possuindo essência, requisitos e objetivos próprios. Tal entendimento é trazido por RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE²⁰², nas seguintes palavras:

“Note-se, porém, que não há aqui qualquer diferença entre o agravo retido e o agravo de instrumento. Não é pelo fato de um recurso ser julgado preliminarmente por ocasião do julgamento de outro recurso que ele se incorpora ao outro. Agravo retido e apelação são recursos julgados quase simultaneamente, porém são recursos distintos, assim como o agravo de instrumento e a apelação”.

Tem-se, inclusive, a Súmula 255 do STJ, conforme anunciado alhures, que reforça o entendimento esboçado, propugnando pelo cabimento dos embargos infringentes quando o agravo retido versar sobre o mérito. Vejamos: *“Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.*

²⁰² FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Embargos infringentes contra acórdão proferido em agravo . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4204>>. Acesso em: 14 jan. 2006.

Por fim, deve-se analisar a possibilidade de cabimento dos infringentes quando do julgamento, por maioria, de agravo regimental, também denominado interno ou “agravinho”. Tal nomenclatura é trazida por MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES²⁰³, ao asseverar que:

“Em princípio, são admissíveis duas modalidades de agravo, o retido e o de instrumento. No entanto, há outras que não têm denominação própria, freqüentemente denominadas agravos regimentais, por estarem previstos no regimento interno dos tribunais. Consagrou-se, ainda, o uso da expressão ‘agravinho’, para referir-se a elas. São as normalmente utilizadas para impugnar decisões tomadas individualmente pelo relator de outro recurso”.

A interpretação ampliativa do art. 530 do CPC abrangeria os acórdãos proferidos por maioria em sede de agravo regimental? Encontra-se demonstrado o cabimento quanto aos agravos retido e instrumento, quando o julgamento importar a extinção do processo. Será que se pode utilizar o mesmo pensamento em sede de agravo regimental?

A resposta ao presente questionamento pressupõe a análise dos poderes conferidos ao relator pelo art. 557 do CPC. Segundo vislumbra-se da leitura do referido texto legal, o relator poderá negar seguimento a recurso manifestamente “improcedente”, adentrando, portanto, no mérito do recurso, ou ainda, dar provimento ao recurso quando a “*decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”. O art. 557, parágrafo 1º-A permite ao relator reformar a sentença de mérito individualmente, quando do recurso de apelação, se a decisão estiver manifestamente contrária ao entendimento dominante. Desta decisão, a teor do parágrafo 2º do mesmo artigo, caberá agravo interno ou regimental, denominado ainda de “agravinho” para o órgão competente, determinado pelo regimento interno do Tribunal. O julgamento deste agravo regimental, interposto

²⁰³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, V. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100.

em face da decisão monocrática do relator, que decidiu pelo provimento do recurso de apelação, no sentido de reformar a sentença, pode ser dado de forma unânime ou por maioria de votos. Neste último caso, seriam cabíveis os embargos infringentes?

A melhor interpretação encontrada vislumbra a possibilidade de cabimento do referido recurso, uma vez que o julgamento do agravo interno (regimental ou 'agravinho'), será o primeiro proferido de forma colegiada. Não se concebe que, havendo reforma da sentença de mérito em decisão colegiada, seja aberta a via dos infringentes e, sendo a referida reforma realizada por julgamento monocrático do relator, tal via não se abra.²⁰⁴

Portanto, é de se concluir pelo cabimento dos embargos infringentes quando o acórdão proferido por maioria, em agravo retido, instrumento e regimental tiverem por condão a extinção do processo, por versarem sobre matéria de mérito, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrios.

5.6 MODIFICAÇÕES ATINENTES AO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

5.6.1 Juízo de admissibilidade

A principal modificação no tocante ao procedimento nos embargos infringentes diz respeito ao juízo de admissibilidade realizado pelo relator do acórdão embargado. No procedimento anterior, o juízo de admissibilidade, ou seja, a análise dos pressupostos recursais que ensejam a admissão ou não do recurso, era realizado de plano. Logo após esta análise, em sendo admitido o recurso, abria-se vista para o embargado oferecer as suas contra-razões.

²⁰⁴ O exemplo utilizado foi retirado do texto de RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRA, em artigo já citado, conforme pode ser visto: "Outra pergunta: se o relator der provimento à apelação, mediante decisão monocrática (CPC, art. 557, § 1º-A), reformando sentença de mérito, e, se esta decisão for mantida pelo órgão colegiado, em agravo interno ou regimental, por maioria de votos, caberão embargos infringentes? Pensa-se também que sim, pois o julgamento do colegiado no agravo interno fez às vezes do julgamento da apelação".

Vejamos a redação anterior e a atual do art. 531 do CPC:

Art. 531: Compete ao relator do acórdão embargado apreciar a admissibilidade do recurso.

Art. 531: Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões; após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso.

O procedimento adotado antes da reforma mostrava-se mais complexo, pois admitia o sorteio de novo relator, além de não ser o mais técnico, pois sabe-se que o julgador possui maiores e melhores condições de analisar a admissibilidade do recurso quando apresentadas as contra-razões que, em tese, trazem a matéria de fato e de direito pelas quais o embargado impugna a pretensão do embargante.

Segundo comenta CANDIDO RANGEL DINAMARCO²⁰⁵:

“O novo sistema tem a vantagem de permitir ao relator do acórdão embargado uma visão mais precisa da admissibilidade ou inadmissibilidade dos embargos, porque o embargado poderá, em preliminar de suas contra-razões, apontar-lhe motivos para que o recurso seja desde logo inadmitido”.

Deve-se também aqui analisar algumas premissas acerca dos poderes conferidos ao relator pelo art. 557 do CPC, que em tese dizem respeito a todos os recursos de nosso sistema, dentre eles os embargos infringentes.

A análise a ser feita diz respeito à possibilidade do relator, em decisão monocrática, negar provimento ao recurso por ser este improcedente. Será que possui o relator dos embargos tal poder? A melhor doutrina entende que não e nela incluem-se CANDIDO RANGEL DINAMARCO e SERGIO SHIMURA.

²⁰⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.206.

Não há que se falar em uma decisão monocrática que venha a julgar os embargos improcedentes. O juízo de admissibilidade, que é o único juízo de valor que pode vir a ser realizado pelo relator, deve manter-se na esfera de análise dos pressupostos recursais (preparo, regularidade formal, existência de recurso, etc.), não podendo adentrar no mérito do recurso, o que certamente faria se concluísse pela sua improcedência.

Assim se pensa pois estar-se-ia maculando o espírito para o qual o recurso de embargos infringentes fora concebido, qual seja, o de ser analisado por órgão colegiado. CANDIDO RANGEL DINAMARCO²⁰⁶ ensina que tal situação teratológica implicaria “*investir um só julgador do poder de revisão de um julgamento colegiado*”. Em consonância com o pensamento acima exposto, o autor nos informa que o STJ vem negando qualquer possibilidade de apreciação do mérito dos embargos pelo relator.²⁰⁷

5.6.2 Normas regimentais

O título deste tópico explica-se pelas novas disposições dos arts. 533 e 534 do CPC, que nos relatam:

Art. 533: Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal.

Art. 534: Caso a norma regimental determine a escolha do novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.

²⁰⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.206.

²⁰⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.206.

A nova sistemática constante dos artigos supra mencionados leva em consideração as diferenças existentes na formação de cada tribunal, uma vez que são formados com número diferentes de Desembargadores, composições diferenciadas de Câmaras reunidas, entre outras peculiaridades. Ao invés de cada Tribunal se adequar ao regulamento traçado pelo CPC para o processamento de um recurso, que a partir de agora passa a ter um cabimento mais restrito, pelo menos era essa a intenção do legislador reformista, o recurso de embargos infringentes passa a ser processado e julgado de acordo com as normas traçadas pelos Regimentos Internos. Na lição de FLÁVIO CHEIM JORGE²⁰⁸,

“As modificações introduzidas nos arts. 533 e 534 encontram-se em consonância com o procedimento traçado pelo art. 531 e com o acréscimo também pertinente da necessidade da adaptação do julgamento do recurso à estrutura interna de cada tribunal. Assim, admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal respectivo”.

²⁰⁸ JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191.

6 CONCLUSÕES

Diante do todo o exposto sobre o tema processo justo, pode-se defini-lo como aquele em que são respeitadas as garantias processuais, postas pelo Estado para que a solução de conflitos possa ter por fim a aplicação da lei da forma preconizada pelo legislador, respeitando-se a atuação das partes e fixando deveres a todos aqueles que de qualquer forma participam do procedimento em contraditório.

Sempre que se fala sobre o processo justo, obrigatoriamente tecem-se comentários sobre a existência, manutenção e função dos recursos nos sistemas processuais, por serem assuntos umbilicalmente ligados. Não há possibilidade de separar os dois temas, razão pela qual decidiu-se uní-los e estudá-los profundamente.

Pode-se afirmar que a eficácia da jurisdição está diretamente ligada à necessidade de se conceder às partes um resultado rápido e seguro. Quando se diz seguro, refere-se a tudo aquilo a que faz referência o art. 111 da Constituição Italiana, qual seja, um procedimento em contraditório, perante um juiz imparcial e com possibilidade de impugnar as decisões desfavoráveis aos interesses das partes e que violem o direito material e processual.

Pode-se concluir que o processo justo, de que tantos falam mais não o definem, é aquele que respeita as garantias individuais das partes em litígio, ou seja, aquele

que é dirigido por um juiz natural, imparcial, que busca a verdade real, mas proporciona um contraditório equilibrado, decidindo em tempo razoável, de acordo com o devido processo legal, como alude a nossa Constituição Federal. Proporciona-se assim a segurança jurídica de que necessita a sociedade em conflito. Portanto, o processo justo proporciona uma tutela jurisdicional completa à luz da garantia constitucional do devido processo legal.

Tal como os elos de uma corrente, o processo tem início, desenvolvimento e fim. Para seu início, deve-se permitir às pessoas que necessitam do mesmo, possam dele dispor, sem altos custos ou quaisquer outras dificuldades. Aqui surge a preocupação com o acesso à justiça, à criação de meios processuais que permitam a qualquer um o exercício do direito de ação, para fazer valer em juízo sua pretensão. Barreiras como dificuldades econômicas, distâncias, regras processuais complicadas e ininteligíveis aos leigos, devem ser repensadas. Qualquer obstáculo ao efetivo acesso ao Poder Judiciário deve ser superado.

Comentários acerca da imparcialidade do Julgador são necessários, pois grande é a preocupação com a atuação desregrada do Magistrado, de forma a comprometer o tratamento igualitário às partes, preconizado pelo art. 125 do CPC, ao tratar dos deveres do Estado-Juiz. Percebe-se que os poderes do Juiz sofreram grande elasticidade, mais notadamente no que tange aos poderes instrutórios. No mesmo passo, cresceu a preocupação com a retidão de conduta do mesmo, uma vez que a isonomia processual, descrita graficamente pela estrutura triangular do processo, deve ser mantida durante todo o procedimento. Daí falar-se em procedimento em contraditório, aludindo às mesmas possibilidades que as partes possuem de agir processualmente.

Tema que muito desperta atenção do processualista, pela necessidade de difusão, é a nova atuação do Juiz na busca pela verdade real. Deixar de ser um Magistrado passivo, que tão somente aguarda providências das partes, passando a ser ativo na solução do conflito, tomando todas as iniciativas possíveis para encontrar a verdade real e com base nesses dados, aplicar o direito. A teoria dos

poderes instrutórios do juiz ainda necessita de maior difusão, pois a ciência processual civil ainda está arraigada ao remoto pensamento sobre a verdade formal, deixando unicamente para o processo penal a busca da verdade real. Deve-se lembrar sempre as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que a verdade formal pode ser uma mentira que está sendo chancelada pelo Poder Judiciário, ganhando cunho de verdade eterna, ao ser abarcada pela coisa julgada. Definitivamente não há como pensar em processo justo e verdade formal, pois a justeza da decisão passa pela atuação ativa do Magistrado.

Muitas das recentes modificações legislativas implementadas no Código de Processo Civil tiveram por principal preocupação a celeridade processual, a criação de mecanismos capazes de agilizar a marcha processual. Grandes discussões são travadas acerca do fator tempo, muitas delas versando sobre modificações no sistema recursal, por ser este, pelo menos em teoria, o grande vilão do processo. Esta discussão foi analisada mais a fundo no quinto capítulo desta dissertação, especificamente quanto ao recurso de embargos infringentes. Tem-se hoje que a duração razoável do processo é garantia constitucional do mesmo, devendo todos aqueles que de algum modo participam, contribuir para a maior celeridade dele, respeitando-se, claro, o processo justo ou, em outros termos, as garantias fundamentais deste.

Não há espaço para a discussão acerca do caráter garantístico do processo e da necessidade deste ofertar segurança jurídica às partes e à sociedade em geral, mesmo que não diretamente envolvida no litígio posto, pois devemos já partir deste pressuposto. A ontologia do processo é garantia de aplicação correta do direito; de respeito às garantias processuais; de resolução do conflito através da atuação do Estado-Juiz; de retorno à paz social; dentre outros. A discussão que se coloca neste ponto toca ao eterno conflito, muito bem lembrado por Leonardo Greco, entre a segurança jurídica e o fator tempo, assim como a necessidade de proporcionalidade entre os dois fatores. Buscar um meio termo entre eles é a grande dificuldade dos legisladores e aplicadores do direito.

Esteve-se mais empenhado no estudo dos recursos como garantidores do processo justo. O tema, *“Embargos Infringentes e sua funcionalidade no sistema jurídico-constitucional brasileiro”*, demonstra a importância dos meios recursais para a consecução daquilo que se preconizou chamar de processo justo. A manutenção dos meios recursais hoje existentes, notadamente os Embargos Infringentes, demonstra que, mais importante do que acelerar a marcha processual, é garantir que todos os atos processuais sejam praticados pelas partes, em especial, aqueles que buscam corrigir erros, tais como os recursos, sem procrastinações indevidas, o chamado *“tempo morto do processo”*, em que nenhum ato processual é praticado, sem motivo relevante algum. Extirpar uma modalidade recursal pode significar a eternização de um erro, causado, regra geral, pelo próprio Estado, como uma decisão sem fundamentação ou a quebra do contraditório, dentre outros. Por isso afirma-se que o caráter garantístico do processo se deve, em grande parte, à existência dos meios de impugnação das decisões judiciais, em especial, os recursos. Sem eles, muitos erros seriam praticados sem possibilidade de reexame.

Por tudo o que se pesquisou a respeito da teoria geral dos recursos, pode-se concluir que o surgimento dos mesmos fez-se de forma natural, na medida em que se notava o descontentamento dos homens com as decisões judiciais. Seu aprimoramento técnico deveu-se ao aumento da complexidade dos sistemas jurídicos, ao crescimento das populações e aumento do número de demandas.

Verifica-se que a existência de meios de impugnação das decisões judiciais sempre foi corolário do processo justo, da busca pela melhor prestação jurisdicional, da mais acertada, de forma a garantir a proteção ao bem jurídico daquele que o teve aviltado. O sistema processual brasileiro sempre teve como uma de suas idéias principais e, salienta-se, bastante sedimentada, a necessidade de manutenção dos recursos, como garantia processual inafastável, intensamente ligada à necessidade do processo justo.

Reafirma-se a natureza jurídica dos recursos, distinguindo-os das demais formas de impugnação das decisões judiciais, demonstrando que os primeiros são exercidos na mesma relação processual, como extensão do direito de ação, enquanto os últimos dão azo à formação de novo processo, nova relação processual.

Concluí-se também que a existência dos recursos está intimamente ligada tanto ao interesse particular da parte recorrente, que busca a satisfação de sua pretensão que foi negada pela decisão recorrida, quanto ao interesse público existente na correta aplicação da lei, ou seja, na entrega da prestação jurisdicional justa e efetiva.

Pode-se analisar no capítulo 4 destes estudos a importância prática dos recursos no sistema processual brasileiro, na medida em que foram apresentados dados concretos da atividade judiciário do ano de 2004, sendo estes os mais recentes números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça. Apresentaram-se dados sobre a recorribilidade na Justiça Federal, das cinco regiões em que se divide aquela, assim como na Justiça Estadual de 20 estados da Federação. Salienta-se que os demais estados não dispunham de dados estatísticos sobre sua movimentação processual ou não os repassaram ao referido Conselho. Verificou-se que a taxa de recorribilidade interna do 2º grau da Justiça Federal foi em média de 19,37% (dezenove inteiros e trinta e sete centésimos percentuais), enquanto que tal número na Justiça Estadual é 14,97% (quatorze inteiros e noventa e sete centésimos percentuais). Da mesma forma verificaram-se dados sobre a taxa de reforma na Justiça Estadual, demonstrando ser esta maior do que pensado, chegando a quase 34% (trinta e quatro por cento). De tal análise, extraíram-se as seguintes conclusões: os recursos não se mostram o único empecilho à rápida prestação jurisdicional, ou conforme o art. 5º, LXXXVII da Constituição Federal, à duração razoável do processo; outra conclusão que se extrai das estatísticas analisadas é que nenhuma espécie recursal deve ser retirada do sistema, sob pena de se criar uma grave lacuna, que impossibilitaria a devida correção das decisões judiciais, uma vez que os recursos interpostos no 2º grau de jurisdição

levaram à reforma média de 33,97% (trinta e três inteiros e noventa e sete centésimos percentuais). Tampouco se deve falar, em particular sobre os embargos infringentes, na restrição de seu cabimento nas hipóteses em que se trariam benefícios para os jurisdicionados. A posição que hoje se adota já era defendida por PONTES DE MIRANDA, que revelava que os melhores julgamentos eram aqueles realizados no julgamento dos embargos infringentes, Muitas injustiças e erros judiciais podem ser corrigidos através da utilização deste recurso.

Aponta-se a predileção pela manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal, inclusive com a expansão de seu cabimento para os procedimentos de Mandado de Segurança e Remessa Necessária, tendo em vista sua grande utilidade.

Em específico sobre o recurso de embargos infringentes, pode-se entendê-lo como a *modalidade recursal interposta contra acórdão não unânime, proferido em grau de apelação e em ação rescisória, quando houver reforma da decisão impugnada, tendente a modificar o acórdão, com vistas à manutenção do voto vencido.*

Também se conclui que a reforma implementada pela Lei nº 10.352/01 trouxe grandes discussões doutrinárias acerca do cabimento dos embargos infringentes e que, na busca de sua restrição, buscou inspiração no Código de Processo Civil de 1939, que trazia em seu bojo o critério da “Dupla Conformidade”, que, em síntese, faz alusão a dois requisitos: sentença de mérito e reforma por maioria e procedência por maioria na rescisão.

Concluiu-se que o legislador não deveria ter retomado ao critério da dupla conformidade para o cabimento dos embargos infringentes. Entende-se que o aludido recurso deve ter seu cabimento alargado, em prol da maior eficácia do processo, para que as decisões possam ser as mais justas possíveis, com as correções de eventuais erros *in judicando* ou *in procedendo*.

Adentrando nos problemas redacionais do art. 530, concluiu-se que o legislador acabou atuando de forma contrária ao pretendido pela reforma, por teoricamente ter expandido o cabimento dos embargos infringentes a todos os acórdãos proferidos *em grau de apelação* e na ação rescisória, em contrapartida ao anteriormente previsto, o que proporcionou reforço ao pensamento acerca do cabimento em remessa necessária e agravo, que será versado mais adiante, nestas conclusões.

Outro problema que se buscou resolver tange à expressão “*sentença de mérito*”. Deveria a lei ter feito referência a acórdãos de mérito, e não somente sentenças de mérito, para se fazer incluir o cabimento também nos casos de julgamento do mérito pelo Tribunal, nos termos do art. 515, parágrafo 3º do CPC.

Afirma-se ser possível a interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido em apelação que venha a anular a sentença, por todo o exposto, em especial, no que tange à função e objetivo daqueles, qual seja, dissipar a dúvida existente entre dois julgamentos contrários.

Ainda sobre a anulação da decisão, se a divergência se formou somente quanto à parte desta, há que serem cabíveis os infringentes parciais, versando apenas sobre parte da sentença anulada.

Concluiu-se que não há que se falar na interposição dos embargos infringentes quando do juízo de admissibilidade negativo, pois, a reforma ou anulação da apelação presume vencido o juízo de admissibilidade e a procedência da ação rescisória presume o afastamento de quaisquer preliminares que lhe fossem prejudiciais.

Só se pode afirmar que o cabimento dos embargos infringentes em ação rescisória mostra-se de fácil percepção quando, se formula apenas o *juízo rescindens* e a decisão é desconstituída por maioria. Nos demais casos, em que são formulados os pedidos de rescisão e novo julgamento, deve-se verificar se o rejuízo modificou a situação estabelecida pela decisão trânsita em julgado, quando surgirá o interesse recursal na interposição dos infringentes.

Quanto ao cabimento dos embargos infringentes em Mandado de Segurança, pensa-se já ter passado da hora dos Tribunais Superiores repensarem suas súmulas restritivas do cabimento dos Embargos Infringentes em Mandado de Segurança, por serem insubsistentes os fundamentos apontados, por exemplo, o fato da Lei 1533/51 não ter previsto a modalidade recursal referida em seu texto. Tal fundamento deve ser rechaçado do pensamento jurídico, ante a aplicação subsidiária do CPC, por mostrar-se absurdo e nefasto aos interesses dos jurisdicionados e do próprio Estado, que busca atingir os escopos social, político e jurídico do processo. Certamente não prosperam os argumentos apresentados, em especial, o de que a lei 1.533/51 é especial em relação ao Código de Processo Civil e que, portanto, o último não deve ser aplicado subsidiariamente.

Com relação à remessa necessária, a mesma desenvolve a função própria de recurso, fazendo com que a decisão judicial “percorra” novamente o caminho trilhado, buscando novo julgamento sobre a matéria. Assim sendo, seriam cabíveis os Embargos Infringentes. Tal posicionamento tem por base doutrinária todos os argumentos expendidos e como base documental, os dados extraídos do “Relatório Anual 2005” do Conselho Nacional de Justiça. Por derradeiro, não se pode expandir demasiadamente o privilégio da Fazenda Pública, em prejuízo dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Quanto ao último caso controvertido de cabimento dos embargos, qual seja, em agravo retido, instrumento e regimental, posiciona-se favoravelmente. A nova redação do art. 530 do CPC, dada pela Lei nº 10.352/01, facilita o entendimento acerca do cabimento, por tratar de acórdãos não unânimes proferidos “*em grau de apelação*”. Estando os agravos de instrumento, retido e regimental no mesmo grau do recurso de apelação e possuindo aqueles a mesma importância deste, nos casos em que o provimento do recurso enseja a extinção do processo, nada mais natural do que permitir a interposição dos infringentes.

O mesmo entendimento deve ser dado ao agravo retido. A circunstância do mesmo ser analisado como preliminar da apelação não nos permite concluir que

faça parte de outro, possuindo essência e objetivos próprios. Em consonância com o pensamento, tem-se a Súmula 255 do STJ.

No que toca ao agravo regimental, a melhor interpretação vislumbra a possibilidade de cabimento dos infringentes, uma vez que o julgamento deste agravo interno, será o primeiro proferido de forma colegiada, no caso descrito no texto.

A principal modificação no tocante ao procedimento nos embargos infringentes diz respeito ao juízo de admissibilidade realizado pelo relator do acórdão embargado. No procedimento anterior, o juízo de admissibilidade, ou seja, a análise dos pressupostos recursais, que ensejam a admissão ou não do recurso, eram realizadas de plano. O novo sistema se mostra melhor, mais completo, possibilitando ao relator realizar um melhor juízo de admissibilidade, com menores possibilidades de erro, uma vez que terá em mãos as contra-razões do embargado.

Ainda quanto ao procedimento dos embargos, não há que se falar em uma decisão monocrática que venha a julgar os embargos improcedentes. O juízo de admissibilidade, que é o único juízo de valor que pode vir a ser realizado pelo relator, deve manter-se na esfera de análise dos pressupostos recursais, não podendo adentrar no mérito do recurso, o que certamente faria se concluísse pela sua improcedência.

Por tudo o que foi exposto, pode-se asseverar que os embargos infringentes, à despeito dos pensamentos de ilustres processualistas em contrário, devem permanecer no sistema recursal, por não trazerem morosidade significativa ao processo, uma vez que sua utilização, se comparada à apelação e agravos, é bastante diminuta e, como argumento mais forte, ter servido para desfazer significativa parcela de decisões em que o voto vencido se mostrou correto, levando, conseqüentemente, ao provimento do recurso.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo Augusto. **Il “giusto processo” nell’esperienza italiana e comunitaria** in *Revista de Processo*, nº 126 – AGO 2005. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 95-113.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BELTRÃO, Jorge. **Do agravo no auto do processo**. 2 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Requisitos de Admissibilidade dos Recursos Cíveis** In: *Dos Recursos*. V. 1. Vitória: ICE, 2002.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. V. 2. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. **Instituições de Processo Civil**. V. 3, Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Luiz Antonio da Costa. **Dos Recursos em geral: Teoria e prática dos recursos**. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho Editor, 1950.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do Mandado de Segurança**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1948.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La Acción em el sistema de los derechos**. Editorial Temis: Bogotá, Colômbia, 1986.

_____. **Princípio de Derecho Procesal Civil**. Tomo III. Editorial Reus: Madri, 1922.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTERPRETADO / Antonio Carlos Marcato, coordenador – São Paulo: Atlas, 2004.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil**. V. 3, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. **Dos Recursos no Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Embargos infringentes contra acórdão proferido em agravo . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 78, 19 set. 2003. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4204>>. Acesso em: 14 jan. 2006.

FROCHAM, Manuel Ibañes. **Los Recursos em el Proceso Civil**. Sociedad Bibliografica Argentina: Buenos Aires, 1943.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, V. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.** Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br . Acesso em 12 de janeiro de 2006.

_____. **A teoria da ação no Processo Civil.** São Paulo: Dialética, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Embargos Infringentes: uma visão atual, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98** , São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.258-303.

JORGE, Flavio Cheim. DIDIER JR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual do Trabalho.** Sao Paulo: LTR, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** V. 3, Intelectus: Tocantins, 2003.

_____. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. **Manuale di Diritto Processuale Civile.** V. 2. Milano: Giuffre Editore, 1959.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Sistema de normas gerais dos recursos cíveis.** Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1963.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico Marques. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Da iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XI. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 23 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

_____. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Liber Jkus: Rio de Janeiro, 1974.

MORELO, Augusto M. **El Proceso Justo: Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos**. Buenos Aires: Platense, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- _____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NUNES, Castro. **Do Mandado de Segurança**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Recurso Extraordinário**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1935.
- REDENTI, Enrico. VELLANI, Mario. **Diritto Processuale Civile**. 3 ed. V. 3, Giuffrè Editore: Milano, 1999.
- REDENTI, Enrico. **Profili Pratici del Diritto Processuale Civile**. Giuffrè Editore: Milano, 1938.
- REZENDE FILHO, Gabriel. **Direito Processual Civil**. V. 3, São Paulo: Saraiva, 1963.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. V. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-America: Buenos Aires, 1955.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. V. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SATTA, Salvatore. PUNZI, Carmine. **Diritto Processuale Civile**. 13 ed. Cedam: Padova, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHONKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. 1 ed. Editora Romana: Campinas, 2003.

SHIMURA, Sérgio. **Embargos Infringentes e seu novo perfil** *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-524.

SOUZA, André Pagani de. **O regime de retenção do agravo como regra geral** *in Aspectos Polêmicos e Atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 13-33.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. ed 42. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIANNA, Ataliba. **O Direito de ação e o modo de exercê-lo**. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1969.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.