ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Diego de Lima Cardoso*

RESUMO: O presente artigo consiste em um estudo crítico sobre a inovação legislativa prevista no art. 942 do atual Código de Processo Civil que implantou a técnica da ampliação do colegiado nos julgamentos não unânimes, cuja pesquisa concentrou-se em percorrer desde a base germinativa ainda no Anteprojeto até a efetiva promulgação da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), bem como se buscou analisar a controvertida natureza jurídica com suas implicações práticas e hipóteses de cabimento para, ao final, ter argumentos a fim de colocar em questão a utilidade do instituto se, de fato, solução ou retrocesso.

PALAVRAS-CHAVE: Técnica. Julgamento. Divergência.

1 INTRODUÇÃO

Conforme já prenunciava a Comissão de Notáveis, no ano de 2010, o grande desafio na construção de um novo Código de Processo Civil seria compatibilizar os anseios dos cidadãos por uma justiça mais célere e rápida com a inclusão de mecanismos que pudessem garantir a tão sonhada efetividade, mas sem incorrer em desrespeitos às garantias processuais amealhadas ao longo das gerações.

É dizer, nunca se invocou tanto a ideia de efetividade em uma construção de um novo modelo processual civilista que, curiosamente, apenas no texto referente à Exposição de Motivos do NCPC, a festejada palavra efetividade (e seus derivados ortográficos) se repete por contadas dezesseis vezes.

Era preciso, pois, expungir da mente dos jurisdicionados a tormentosa questão da morosidade judicial, primeiro, detectando-se as barreiras para a prestação de uma justiça rápida, segundo, resolver os problemas

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes/SE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia – UFBA. E-mail: diego.cardoso@tjse.jus.br

com a legitimação democrática destas soluções.

E, nisto, portanto, é que se percebeu, após porfiar a temática, que um dos problemas à garantia da efetividade e celeridade do processo judicial brasileiro era justamente o volume imoderado de ações sucedidas por uma vasta possibilidade de recursos, ora cabíveis em vários interníveis, digo instâncias judiciais.

E assim aconteceu, posto que, a tendência à diminuição das hipóteses de recursos servia a um só tempo para privilegiar não apenas a sensação de menor litigiosidade, mas também assegurar a ideia de uniformização dos entendimentos dos Tribunais brasileiros, uma vez que, partindo-se do silogismo, um recurso a menos, maior estabilidade da jurisprudência.

Logo, enquanto um dos vetores defendidos pela Comissão Reformista, a redução do número de recursos era ponto comum e assim ocorreu, por exemplo, em relação aos Embargos Infringentes[1] que, não passando ileso às severas críticas doutrinárias, algumas, inclusive, remotas[2], quedou-se extinto do rol taxativo de recursos no NCPC.

Em seu lugar, no entanto, foi incorporado ao texto do NCPC a controvertida figura prevista no art. 942 que, na qualidade de sucedâneo aos Embargos Infringentes, vem recebendo a alcunha de técnica de ampliação de julgamento, consistindo na ampliação da composição do órgão julgador fracionário quando instada a divergência.

2 A *VIA CRUCIS* GERMINATIVA DO ATUAL ART. 942 DO NCPC

Consoante já afiançado alhures, no curso do processo de elaboração do NCPC, os notáveis ora responsáveis pela elaboração do Anteprojeto tiveram uma especial preocupação com a matéria recursal, uma vez que, como se acredita(va), são os recursos um dos contribuintes-mor à pecha da lentidão dos processos judiciais.

Nesse contexto, portanto, é que no Anteprojeto original[3] elaborado pela Comissão de Juristas, os Embargos Infringentes foram suprimidos da nova ordem processual civil brasileira e o dispositivo que o substituiu tinha, originalmente, a seguinte redação, *in verbis*:

> **Art. 861.** Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

> § 1º Os votos poderão ser alterados até o momento da proclamação do resultado pelo presidente.
> § 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão fracionário, pelo voto de três juízes.
> § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Inserido, pois, no Título I (Dos Processos nos Tribunais), Capítulo II (Da ordem dos processos no Tribunal), tal dispositivo trazia a normatividade geral para aplicação no julgamento dos recursos e, como observável, não havia previsão de novo julgamento, ante a existência de voto-vencido, mas tão somente a necessidade de que tal voto fosse expressamente declarado e considerado como parte integrante do acórdão, para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

Já no Senado, com a transformação do Anteprojeto agora no Projeto de Lei – PLS 166/2010 – no tocante à supressão dos Embargos Infringentes, nada fora alterado, mantendo-se a ideia original da Comissão dos Notáveis em relação à declaração necessária do voto-vencido e de sua integração ao acórdão para todos os fins, somente sendo alterada a numeração do dispositivo.

Entrementes, quando do encaminhamento à Câmara dos Deputados, agora por meio do PL 8.046/2010, verificou-se que o debate acerca da extinção dos Embargos Infringentes havia ganhado nova motivação, uma vez que naquela Casa Legislativa destacou-se a formação de um grupo de parlamentares que reivindicava o retorno do recurso sob o argumento de que ele era necessário para prestigiar a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Ocorre que, mesmo diante da resistência de alguns parlamentares pelo retorno dos Infringentes ao rol dos recursos no NCPC, entretanto, o relator do projeto reconheceu a existência de também fortes argumentos favoráveis à extinção do recurso, mas inovou em relação ao Anteprojeto criando uma espécie de prolongamento do julgamento resultante de acórdão não-unânime, entendendo ter conciliado a celeridade com a supressão do recurso. Neste sentido, é o excerto extraído do parecer[4] do Relator-Geral da Comissão Especial, ora Deputado Sérgio Barradas Carneiro, *ad verbum*:

Houve muitos pedidos de retorno dos embargos infringentes ao projeto – eles haviam sido retirados na versão do Senado.

Os argumentos favoráveis a este recurso são fortes: prestigia-se a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Sucede que a previsão deste recurso traz também alguns problemas: a) há intermináveis discussões sobre o seu cabimento, o que repercute no cabimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, que pressupõem o exaurimento das instâncias ordinárias.

Há inúmeras decisões do STJ que se restringem a decidir se os embargos são ou não cabíveis; b) além disso, os embargos somente cabem se o acórdão reformar a sentença ou rescindi-la, o que limita muito o seu cabimento.

Assim, resolvi acolher uma sugestão que, de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando um recurso e discussões quanto ao seu cabimento.

Cria-se uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação, agravo ou ação rescisória, houver um voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso. Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum.

Alcança-se o mesmo propósito que se buscava com os embargos infringentes, de uma maneira mais barata e célere, além de ampliada, pois cabe em qualquer julgamento de apelação (e não em apenas alguns) e também no caso de agravo, sobre

> o qual silenciava o CPC/1973 em tema de embargos infringentes.

Ad posteriori, com o parecer definitivo do Deputado Paulo Teixeira, que havia encampado as razões e propostas feitas pelo relator, nascia, assim, o embrião germinativo do atual art. 942 do NCPC, mas que naquele momento ainda era reconhecido pelo art. 955 e possuía a seguinte redação final, *in litteris*:

> Art. 955. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.
> § 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.
> § 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte

> especial, não se aplica o disposto neste artigo.

Em comentários a esta inovação procedimental, verberou BECKER e NÓBREGA (2015, p.02), segundo os quais, *verbis*:

> A solução por ele [Deputado Sérgio Barradas Carneiro] proposta, então, teve cunho político, adotando-se uma espécie de meio-termo que buscou garantir à parte o direito de fazer prevalecer o voto-vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera[r] processo, eliminando um recurso.

De volta ao Senado Federal, a proposta inovadora da técnica de julgamento ampliado foi objeto de acaloradas discussões, tendo sido, num primeiro momento, afastada por proposta do relatório do Senador Vital do Rêgo, ora aprovado em 27 de novembro de 2014, com as seguintes razões:

> Apesar de louvável preocupação do dispositivo com o grau de justiça do julgamento colegiado em sede de apelação, ele incorre em um excesso que merece ser podado. É que a parte derrotada nessa instância poderá, ainda, reivindicar reanálise do pleito na via dos recursos excepcionais, respeitadas as limitações objetivas das instâncias extraordinárias.
> E mais. Problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais surgiriam, dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos. Na prática, poderia haver estímulo à alteração dos tribunais, a fim de que os órgãos fracionários passassem a contar com pelo menos cinco julgadores, o que, sem ampliação do número total de membros da Corte, implicaria redução no número de órgãos fracionários e, por extensão, da capacidade de julgamento do Tribunal.

No entanto, por ocasião da votação definitiva do projeto no Senado, repristinou-se o art. 955 que exigia unanimidade nos julgamentos de

apelação, ação rescisória e agravo de instrumento, sob pena de se aplicar aquela técnica de ampliação de julgamento dos acórdãos não-unânimes que, mais tarde, seria alocada no art. 942 do então Código de Processo Civil vigente.

Sobre esta reviravolta instalada no Senado, importante trazer à baila a ácida crítica de STRECK e HERZL (2016, p. 03), segundo os quais, *litteris*:

> Eis que o *jeitinho brasileiro* se fez presente: a fim de evitar que a votação do novo Código de Processo Civil se estendesse para o decorrer de 2015, aprovou-se seu texto básico no dia 16 de dezembro e relegou-se ao dia seguinte à apreciação de 16 destaques (ou, em outros termos, discordâncias). Dentre estes o destaque de número 14, elaborado pelo senador Aloysio Nunes Ferreira, que propôs a reintrodução do artigo 955 ao texto do relator.
> Qual o resultado do embate tupiniquim? Pasmem: repristinar às pressas a (técnica de) *suspensão de julgamento de acórdãos não unânimes*, como uma das condições para a aprovação no novo Código de Processo Civil no dia 17 de dezembro.

Com isso, encerrava-se mais um capítulo de inflamadas discussões que convergiram em sentença de morte aos Embargos Infringentes no processo civil brasileiro, mas no nascimento da técnica de ampliação do colegiado em caso de divergência.

3 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 942 DO NCPC

Em linhas já superadas, observou-se que, com a extinção dos Embargos Infringentes do texto do Código de Processo Civil vigente, em seu lugar aportou a previsão da técnica de ampliação do órgão julgador em caso de divergência, obra de raízes idealizadas durante a tramitação do PL 8.046/2010, o que resultou, hodiernamente, materializado no art. 942, cuja redação trazemos à colação:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não

> unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
> II - da remessa necessária;
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Com efeito, o citado dispositivo previu uma técnica de ampliação do colegiado, determinando a suspensão da sessão de julgamento quando o resultado não for unânime para que, após, prossiga na presença dos novos membros com a finalidade precípua de conferir oportunidade para eventual prevalência do voto vencido, tônica que fora importada dos extintos Embargos Infringentes.

Ocorre que, a primeira grande celeuma instada em face do expediente inovador do art. 942 do NCPC é saber qual a sua verdadeira natureza

jurídica, mesmo porque tal resposta engendrará importantes repercussões práticas, conforme será visto amiúde.

É dizer, cuida-se o art. 942 do NCPC de um disfarçado recurso apto a prolongar o estado de litispendência ou, diversamente, ostenta tão só a condição de uma técnica de julgamento?

Para o jurista e magistrado federal Eduardo José da Fonseca Costa, a ampliação do colegiado em caso de divergência é sim um recurso, melhor dizendo, seria um recurso de ofício. Neste sentido, colha-se a lição[5] manifestada pelo eminente doutrinador:

> Outro atraso foi o sistema recursal, que é pior e mais amplo do que o de 1973. Eles extinguiram os embargos infringentes, é verdade, mas transformaram-nos em um modelo oficioso, ou seja, hoje qualquer decisão não unânime em órgão colegiado, obrigatoriamente, por impulso oficial do presidente da sessão, leva à convocação de outros julgadores. Existem os embargos infringentes de ofício.

O mesmo jurista, em outra obra de sua lavra[6], endossa a lição, ao dizer que:

> Em primeiro lugar, os embargos infringentes não deixam de existir. Em verdade, deixam de ser *voluntários* para que se tornem *necessários* ou *obrigatórios*. Tornam-se "embargos infringentes *ex officio*", pois. (...) Tudo isso mostra que os embargos infringentes não se extinguem no Código projetado, mas apenas de desvestem do regime voluntarista que sempre os acompanhou.

No entanto, e aí representando a maioria da doutrina, há aqueles que entendem que o art. 942 do NCPC não é recurso, mas sim uma técnica de ampliação do colegiado em caso de divergência. Nestes termos, é o escólio de DIDIER Jr. (2016, p. 76), segundo o qual:

> No CPC-2015, não há mais os embargos infringentes. Em seu lugar, o art. 942 do CPC prevê

> a ampliação do colegiado em caso de divergência. Tal expediente não ostenta natureza recursal. Não se trata de recurso, pois a regra incide antes de haver encerramento do julgamento.

E, continua:

> Não é irrelevante a discussão sobre a natureza jurídica do instituto previsto no art. 942 do CPC. Há grandes repercussões práticas: se se entende que é um recurso, deve-se partir da premissa de que houve uma decisão proferida, com lavratura de acórdão (art. 941, CPC), podendo desse acórdão caber, antes mesmo da convocação de novos julgadores em prosseguimento, embargos de declaração. Ademais, se se trata de recurso de ofício, haveria novo julgamento, com novos votos a serem proferidos por quem já participou. E mais: se quem já votou vier a afastar-se ou ser substituído, poderá ter seu voto alterado, não se aplicando, justamente por ser um novo julgamento de um novo recurso, a parte final do disposto no §1º do art. 941 do CPC.
> Se se entende que é um recurso, aplica-se o art. 25 da Lei nº 12.016/09, segundo o qual não cabem embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

Ou seja, para aqueles[7] que entendem que não se trata de recurso, mas sim de nova técnica de julgamento[8], argumentam que não há decisão anterior para então ensejar manejo de recurso. É dizer, o recurso, voluntário ou de ofício, pressupõe decisão anteriormente proferida, mas no caso do art. 942 do NCPC, quando da sua aplicação prática, não há encerramento, mas prosseguimento do julgamento.

Por esta ótica, portanto, "não é possível a oposição de Embargos de Declaração entre a constatação do julgamento por maioria e seu prosseguimento em nova sessão com ampliação do número de julgadores", conforme assevera DIDIER Jr. (2016, p. 77).

Para STRECK e HERZL (2015, p.01), o fator decisivo que resolve a dúvida está justamente no requisito da voluntariedade, uma vez que,

conforme afirmam:

> Tal técnica não se confunde com uma nova espécie recursal, por algumas razões. Certamente a mais importante é a ausência do requisito *voluntariedade* (ou, para alguns, a *facultatividade* do direito de recorrer), porquanto a sua utilização será automática e obrigatória. Recurso, ao que consta, precisa de vontade (não vamos falar do recurso por novo júri – hoje extinto – e o recurso obrigatório que vem da Era Vargas; onde se viu, em plena democracia, com independência judicial, que um juiz recorra "de si mesmo").

De mais a mais, outro argumento adotado para justificar a posição de que não se trata de recurso, mas sim técnica de julgamento, é o fato relativo à própria disposição topográfica do art. 942 no contexto do NCPC. Ou seja, tal dispositivo encontra-se situado no Capítulo II (Da Ordem dos Processos no Tribunal), Título I (Da ordem dos Processos e dos Procedimentos de Competência Originária dos Tribunais) e Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), e não no Título II (Dos Recursos), mais especificamente no art. 994 que traz a previsão taxativa dos recursos na ordem processual civil. É o que assentam BECKER e NÓBREGA (2015, p. 03), para quem:

> A alocação da norma não foi sem sentido. A inovadora técnica de julgamento não é recurso por ausência de voluntariedade, na medida em que o julgamento será suspenso para convocação de dois outros juízes, independentemente da vontade das partes. Pode-se dizer, sem erro, que se trata de uma técnica a ser aplicada de ofício, imperativamente, pois não há margem para que a parte renuncie ao direito de ver o voto minoritário prevalecer; ela é impelida a aceitar a técnica. Daí porque a técnica foi excluída da parte recursal, despida do manto dos embargos infringentes, e realocada, *in natura*, no título preparatório aos recursos.

Enfim, independente da corrente doutrinária que se queira adotar,

mas, a bem da verdade é que tal expediente previsto no art. 942 do NCPC contém em si o gene dos Embargos Infringentes, uma vez que busca privilegiar "o voto minoritário, de modo que este voto não seja apenas uma dissidência, mas uma efetiva posição que mereça uma análise por um maior número de julgadores" (BECKER e NÓBREGA, 2015, p. 01).

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

O art. 942 do NCPC, conforme já avisado, diz respeito, no entendimento majoritário, a uma técnica necessária de julgamento quando diante de resultado não unânime. No entanto, o que ainda nos resta saber é quando e sobre que tipo de julgamento será ela recomendada.

De início, cabe afirmar que esta técnica de julgamento ampliado é aplicada em face dos resultados não unânimes que, em linhas gerais, decidem o recurso de apelação cível e o agravo de instrumento, bem como em relação à ação rescisória.

Por expressa dicção do art. 941, §2º do NCPC, "No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 03 (três) juízes". É dizer, quando não for o caso de decisão monocrática[9], o recurso será julgado pelo órgão fracionário competente, ora composto por, no mínimo, 03 (três) desembargadores que irão proferir os seus votos e, uma vez proferidos, o presidente irá anunciar o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator do recurso ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor, consoante previsão do art. 941, *caput* do NCPC.

Assim sendo, um julgamento não unânime, neste caso, seria uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido, i.e., dois votos que caminham pela mesma solução ao caso e um voto que diverge de tal entendimento, dando-lhe solução diversa. É, portanto, neste cenário, que haveria de ser instaurada a técnica prevista no art. 942 do NCPC, com a convocação de mais dois julgadores a fim de que possam, eventualmente, inverter o resultado, fazendo do voto vencido, a tese exitosa. Neste aspecto, bem sintetiza DIDIER JR (2016, p. 78):

> A decisão na apelação deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três membros (art. 941, §2º, CPC). Um julgamento não unânime, nesse caso,

> é uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido. Logo, hão de ser convocados mais dois julgadores para que possa, eventualmente, ser invertida a conclusão, agregando-se os dois novos votos ao vencido, tendo-se um resultado 2x3. Mas também é possível que os novos votos se somem aos votos até então vencedores, tendo-se um resultado de 4x1, ou ainda é possível que um dos novos votos se some aos votos até então vencedores e o outro, ao vencido, mantendo-se o resultado até então obtido, só que com uma votação de 3x2.

Deve-se observar que a convocação destes dois novos julgadores há de estar adstrita com a previsão do Regimento Interno do Tribunal respectivo que, a seu turno, deve atender, neste aspecto, à observância do princípio do juiz natural[10]. Ou seja, o Regimento Interno dos Tribunais[11], no seu mister de traçar a regulamentação dos trabalhos da respectiva casa, deve estabelecer critérios prévios e objetivos para a convocação destes outros julgadores adicionais que irão complementar o julgamento iniciado mas ainda não finalizado.

Conforme já advertido alhures, no tocante aos recursos, a tal técnica do art. 942 do NCPC aplicar-se-á tão só ao julgamento da apelação cível e ao do agravo de instrumento.

No caso da apelação cível, o NCPC trouxe expressamente no art. 942, *caput* e §§1º e 2º a normatividade necessária para compreensão da aplicabilidade da técnica, cujo inteiro teor colacionamos *infra*:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura

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

É dizer, diversamente de como ocorriam com os extintos Embargos Infringentes[12], o art. 942 do NCPC não exige, para o caso de aplicabilidade em face do julgamento da apelação cível, que o resultado não unânime tenha reformado a sentença proferida pelo magistrado de 1º grau. Basta, portanto, a existência da divergência (pura e simples) que, então, irá ensejar a convocação dos julgadores adicionais com a possibilidade de, em tese, ocorrer a inversão do resultado inicial.

Como se pode observar, no caso do julgamento da apelação cível, a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC é *incondicionada*, já que somente depende da existência de resultado não unânime, independente se este tenha reformado ou até mesmo mantido a sentença (de mérito ou não, inclusive) objeto do recurso. Neste sentido, brinda-nos o escólio de DIDIER JR (2016, p. 79):

> (...) na apelação, a regra [art. 942, NCPC] aplica-se a qualquer resultado não unânime. Não admitida, por maioria de votos, a apelação, aplica-se a regra. Admitida para ser provida ou não provida, seja ou não de mérito a sentença recorrida, pouco importa. Se o resultado não for unânime, aplica-se a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC.

No caso do agravo de instrumento[13], o art. 942 do NCPC, em seu §3º, inciso II, cuidou de coarctar a hipótese de cabimento, se comparado com a da apelação cível, uma vez que para aquele recurso será necessário que o acórdão não unânime implique na reforma da decisão objurgada que tenha julgado parcialmente o mérito[14], senão vejamos:

> Art. 942:
> (...)
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> (...)

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

Ou seja, para o caso do agravo de instrumento a regra do art. 942 do NCPC, pode-se dizer, é *condicionada*, já que somente será aplicada caso o agravo de instrumento seja admitido e provido, por maioria de votos, e que tenha reformado a decisão que, em primeiro grau, cuidou de julgar parcialmente o mérito (art. 356, NCPC). Pela relevância da forma como, didaticamente, expôs a temática, imprescindíveis são as palavras de DIDIER JR (2016, p. 79):

> Logo, no julgamento do agravo de instrumento, não se aplica a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC: (a) se o julgamento for unânime; (b) se o agravo não for admitido, ainda que por maioria de votos; (c) se o agravo for admitido e desprovido, ainda que por maioria de votos; (d) se o agravo for admitido e provido para anular a decisão, ainda que por maioria de votos; (e) se o agravo for admitido e provido para reformar uma decisão que não trate do mérito, ainda que por maioria de votos.

E, por fim, a regra do art. 942 do NCPC também é aplicável em face do julgamento da ação rescisória que, na mesma linha de intelecção do recurso de agravo de instrumento, é *condicionada* e tem sua previsibilidade mais restrita, posto que somente incidirá quando o resultado não unânime houver rescindido a decisão[15] rescindenda. Para efeito de ratificação, eis o teor do dispositivo:

> Art. 942:
> (...)
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

Com efeito, para o caso da ação rescisória, há de se observar uma peculiaridade: o próprio legislador infraconstitucional já estabeleceu que a continuidade do julgamento prosseguirá em órgão de maior composição, só que, é comum em alguns Tribunais pátrios que o julgamento da rescisória, enquanto ação originária que é, já ocorra no plenário ou mesmo no órgão especial. Nestes casos, destarte, não haverá espaço para aplicação da técnica vertida no art. 942 do NCPC, posto que não haveria como superar tais órgãos que já reúnem o colegiado numericamente máximo dos membros do Tribunal.

Expressamente, também, o art. 942 do NCPC alude acerca das hipóteses negativas de cabimento. Melhor dizendo, há situações expressamente previstas pelo legislador nas quais, malgrado exista resultado não unânime, mesmo assim, a técnica do art. 942 do NCPC não será objeto de aplicação. É o que anuncia o art. 942, §4º, senão vejamos:

> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
> II - da remessa necessária[16];
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Ou seja, quando diante do julgamento não unânime dos incidentes de assunção de competência (art. 947, NCPC), de resolução de demandas repetitivas – IRDR – (art. 976, NCPC), de remessa necessária (art. 496, NCPC) e aqueles proferidos pelo plenário ou corte especial do referido Tribunal[17], nestes casos, portanto, não há que se falar em ampliação do colegiado em caso de divergência, por expressa dicção legal.

Um parêntese, no entanto, é importante consignar sobre o quanto dito imediatamente acima. Conforme bem alertado pelo insigne processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, quando do julgamento do IRDR pelo Tribunal competente, não se pode perder de vista que o mesmo Tribunal também estará julgando o recurso que deu origem a suscitação do incidente, seja ele uma apelação, um agravo de instrumento ou mesmo a ação rescisória e, aí, estando presentes os requisitos do art. 942 do NCPC, para estes casos também deverá ocorrer a técnica da ampliação do colegiado. Para o fito de contextualização, reproduzimos,

in litteris, a profícua crítica (NEVES, 2016, p. 1.339):

> No tocante ao cabimento da técnica de julgamento ora analisada no IRDR, faço uma importante ressalva. Conforme devidamente analisado no Capítulo 63, item 63.10, no julgamento deste incidente o tribunal também julgará o recurso, reexame necessário e o processo de competência originária do tribunal do qual se originou o incidente processual. Nesse caso entendo que sendo tal recurso uma apelação, agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito ou ação rescisória, estando presentes os requisitos previstos pelo art. 942 do Novo CPC, ele deve ser aplicado.

Vale consignar, ainda, que a técnica do art. 942 do NCPC, por uma questão de interpretação doutrinária reiterativa, não pode ser aplicada em face dos Embargos Infringentes cujo julgamento esteja pendente quando da vigência do NCPC, bem como em face de resultado não unânimes no âmbito dos Juizados Especiais, conforme Enunciados nº 466[18] e 522[19], respectivamente, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

No entanto, voltando atenção ao procedimento da técnica de julgamento prevista no art. 942 do NCPC, viu-se que, diante de julgamento não unânime, haverá a convocação de novos julgadores para que, com eles, possa o julgamento ser retomado com a finalidade de dissipar a divergência instalada. Ocorre que, duas situações aqui poderão ser vislumbradas.

É possível que o prosseguimento do julgamento ocorra naquele mesma sessão já iniciada onde fora instalada a divergência. Neste caso, não será necessária a designação de nova sessão de julgamento, sendo colhidos ali mesmo os votos dos outros julgadores, conforme assevera o art. 942, §1º do NCPC[20]. A implicação prática é que, nesta situação, dispensar-se-á nova sustentação oral das partes (ou eventuais terceiros), uma vez que despicienda já que os julgadores convocados, por já estarem presentes quando do início dos trabalhos, certamente já assistiram a referida sustentação.

Caso não seja possível o prosseguimento do julgamento, aí sim será designada nova sessão com a convocação de outros julgadores

onde se oportunizará a realização de nova sustentação oral pelas partes (e eventuais interessados), comportamento tal qual que serve para "concretizar o princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e reforça o contraditório, assegurando às partes o direito de influência para que possam ter a chance de participar do convencimento dos julgadores que ainda não conhecem o caso" (DIDIER JR, 2016, p. 78).

Por derradeiro, cabe ressaltar que, nesta última hipótese em que a sessão é remarcada, como o julgamento ainda não se encerrou, tão somente fora sobrestado, é possível que o magistrado que já tiver proferido o seu voto possa, na nova sessão, revê-lo de forma a alterá-lo (querendo), por ocasião da sessão em prosseguimento. É o que se avista do disposto no art. 942, §2º do NCPC[21].

Não se pode olvidar que o julgamento ainda não se encerrou, por isso não há resultado final anunciado, o que, portanto, justificaria a possibilidade prevista no art. 942, §2º do NCPC. Diferente, entrementes, seria a situação do magistrado que, embora já tivesse proferido voto, teve que casuisticamente se afastar ou fora substituído, aí neste caso não poderá se valer do expediente do §2º do art. 942, consoante previsão do art. 941, §1º *in fine* do NCPC[22].

5 ART. 942 DO NCPC: SOLUÇÃO OU RETROCESSO QUALIFICADO? VICISSITUDES DE UM AMBICIOSO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Viu-se em linhas já transcritas que, inicialmente com a Comissão dos Notáveis, após já por força do Projeto de Lei nº 166/2010 no Senado, os Embargos Infringentes eram incompatíveis com a ânsia de celeridade e a necessidade de debelar a crença da morosidade do Judiciário brasileiro, tão arraigada no senso comum.

Em resposta satisfativa a esta delicada questão, a lacuna deixada pelos extintos Embargos Infringentes foi colmatada pela técnica de julgamento ampliativa que se sagrou vitoriosa na Câmara dos Deputados (posteriormente referendada pelo Senado) sob a justificativa de que seria "uma técnica de julgamento muito simples", visto que, com ela "não haveria necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões" e "havendo divergência, simplesmente o processo prossegue com a ampliação do quórum"[23].

No entanto, perscrutemos, realmente, se a técnica do art. 942 do NCPC é, de fato, a solução simples e célere, consoante bradada pelo legislador ordinário.

A começar pela questão relativa à necessidade de convocação de outros julgadores a fim de ampliar a composição do colegiado.

Neste aspecto, brilhante trabalho de pesquisa foi elaborado pelo Ministro do STJ, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ao ter concluído que dos 32 (trinta e dois) Tribunais de 2ª Instância brasileira, leia-se os TRF's e TJ's, no julgamento de apelações cíveis e agravos de instrumento, existem 15 (quinze) destes Tribunais cujos órgãos fracionados são compostos de até 03(três) Desembargadores, enquanto que compostos por 04(quatro) Desembargadores são apenas 08 (oito), por 05(cinco) Desembargadores são também 08(oito) e compostos por 07(sete) temos apenas 01 (um) tribunal[24].

Ou seja, dos 32 (trinta e dois) Tribunais da 2ª Instância, 23 (vinte e três)[25] deles terão o hercúleo trabalho de, quando necessário e em atenção à regra do art. 942 do NCPC, deslocar outros juízes a fim de que possam preencher as lacunas, operando verdadeiro "malabarismo" de julgadores, uma vez que se tais juízes estiverem, simultaneamente, participando de outras atividades (judicial ou administrativa) inerentes ao seu ofício, como compatibilizar a norma sem impor prejuízo ao bom andamento dos trabalhos da casa, para não dizer ao direito dos jurisdicionados?

Avulta-se de tal monta esta primeira questão que, ainda há de se considerar os casos em que os Desembargadores são convocados para atuarem nas instâncias superiores, abrindo lacuna na sua cadeira de origem, ou então quando gozam férias ou afastados por algum tipo de licença, desfalcando ainda mais os órgãos fracionados que, para não pararem de vez, convocam os Juízes de primeiro grau que são compelidos a abandonarem suas Comarcas já quão assoberbadas de processos.

Inclusive, também, neste quesito, conforme afirma o profícuo magistrado Marcelo Dantas, poderá surgir uma agressão[26] ao Texto Constitucional ao asseverar que, com a convocação de outros julgadores, "o feito será julgado por uma composição turmária antinatural" onde o "princípio do juiz (*rectius*, juízo) natural fica claramente maculado" (DANTAS, 2012, p. 12).

E mais, ainda rechaça antecipadamente a sugestionada ideia (desavisada) de aumentar a composição dos membros dos órgãos

fracionários para que funcionassem com o escore mínimo de 05 (cinco) membros, ao lucidamente constatar que isso iria implicar, paradoxalmente, na diminuição da quantidade de órgãos fracionados o que, inexoravelmente, iria afetar a capacidade de julgamento daquele Tribunal, ocasionando a desaceleração da justiça e menor eficácia da jurisdição, tudo o que não se quer com o NCPC.

A segunda questão que se coloca em xeque é: se a pretensão do legislador ordinário com a criação da técnica do art. 942 do NCPC foi, ao mesmo tempo, enxugar as hipóteses recursais e promover a celeridade processual, por que resolveu com a tal técnica ampliar o espectro de enfrentamento da divergência? Explicaremos.

Conforme já examinado alhures, os Embargos Infringentes, na redação que lhe dava vida o CPC de 1973, eram cabíveis *apenas* na apelação cível, desde que o acórdão, por maioria, reformasse a sentença de mérito, bem como quando houvesse julgado procedente a ação rescisória e, ainda assim, se o desacordo fosse parcial, os Embargos estariam somente apresilhados à divergência. E ponto!

Diferentemente, o que atualmente se observa do art. 942 do NCPC é a ampliação (e muito) da possibilidade de debates da divergência, ao passo em que, na apelação, basta apenas julgamento não unânime, independente de ter ou não reformado a sentença (terminativa ou definitiva), bem como inovou em relação ao resultado não unânime em julgamento do agravo de instrumento, que antes sequer fazia parte das pretensões dos Infringentes.

Esta "valorização" da divergência sem freios e contrapesos pode revelar, ao revés, a adoção de problemas de difícil pacificação, que pode ser cotejado pelo seguinte exemplo: Suponhamos que, no julgamento de uma apelação cível, resultou de início a maioria de votos (2x1), sendo o voto vencedor optado pela procedência e o voto vencido pela improcedência. Na sequência, oportunizada a sustentação oral (art. 942, *caput*, *in fine*, NCPC), com a convocação de outros dois julgadores (conforme previsão do Regimento Interno), digamos que cada um destes acompanhe uma das teses firmadas inicialmente, o que daria um resultado preliminar de 3x2. No entanto, consoante expressa previsão do art. 942, §2º do NCPC, os julgadores originários poderão rever os seus votos, salvo se não tenham se afastado ou forem substituídos (art. 941, §1º, *in fine*, NCPC) e, detalhe, como a divergência objetivada pela técnica

do art. 942 do NCPC não se restringe à questão controvertida, é possível que um deles mantenha o voto original (pela improcedência), mas que o outro, diante do seu livre convencimento, refaça o voto entendendo pela extinção sem resolução do mérito, o geraria um resultado final de 2x2x1 (dois votos pela procedência; dois votos pela improcedência e um voto pela extinção sem resolução do mérito). E aí, quem levou a melhor?

Igualmente, ainda no campo das suposições, imaginemos que numa ação de guarda de menor, o juiz de primeiro grau tenha conferido a guarda vindicada ao pai. Em sede de apelação promovida pelo Ministério Público, quando da prolação dos votos, o relator tenha conferido a guarda da criança à mãe, já o Desembargador-revisor entendeu pela concessão da guarda ao pai (conforme a sentença) e, no entanto, o Desembargador-vogal tenha entendido pela concessão da guarda requestada à avó materna (pretensão do Ministério Público). Ante a divergência, convoca-se mais 02(dois) Desembargadores, na forma do art. 942 do NCPC, e, assim, o primeiro julgador acompanha o eminente relator, enquanto o segundo julgador acompanha o voto do revisor. Neste caso, qual seria a solução apontada também pelo legislador reformista?

É dizer, ao se promover a ampliação (incondicional) da divergência, pode acontecer do surgimento de uma chicana processual que irá requerer adoção de técnica aprimorada para tão logo debelar o caso, mas que infelizmente o legislador reformista do NCPC não cuidou em refletir.

Também vale refletir ainda sobre outro possível exemplo. Suponhamos que a sentença tenha acolhido o pedido inicial para reconhecer uma união homoafetiva, enquanto entidade familiar. Diante do julgamento da apelação cível consequente, ante o efeito devolutivo, o Desembargador-relator entende ser uma entidade familiar nos termos do casamento civil; já o Desembargador-revisor, embora concorde com a ideia de entidade familiar, mas consigna em voto que ela tem traços de união estável; e o Desembargador-vogal entende também ser uma entidade familiar, mas com características de sociedade de fato. Neste caso, porém, é de se ver que há unanimidade em relação à ideia de entidade familiar, posto que os 03 (três) juízes assim deliberaram, mas não houve convergência em relação a qual regime jurídico tal entidade estaria equiparada.

No entanto, no caso em testilha[27], o que ocorre é uma unanimidade em relação ao resultado (relação homoafetiva = entidade familiar), divergindo os julgadores no tocante à fundamentação do voto (se é

entidade familiar por equiparação ao casamento, ou à união estável ou ainda à sociedade de fato). Mas, diante desta situação, "havendo unanimidade na conclusão [resultado], a despeito de divergência na fundamentação, não é o caso de aplicar a técnica do art. 942 do CPC, que se restringe aos casos de divergência no comando normativo da decisão" (DIDIER JR., 2016, p. 74).

É dizer, havendo formação da *ratio decidendi* já em relação ao resultado, não se poderá prosseguir com a técnica do art. 942 do NCPC porque esta depende da divergência em sede do resultado, e não na fundamentação.

Uma terceira questão que se posta a desafiar a novel técnica do art. 942 do NCPC diz respeito a sua pretensão de prestigiar a *justiça da decisão* e a celeridade do julgamento.

Sobre a ideia de *justiça da decisão*, entendemos que não é a valorização da divergência que irá, em um passe de mágica, transformar o injusto no justo. Sobre o assunto, bem comentou BECKER e NÓBREGA (2015, p. 03-04), para quem:

> Ainda que tal técnica de julgamento propicie a reforma, a decisão, que poderá ser "justa" para o vencedor, se tornará injusta para o sucumbente, que certamente buscará as instâncias extraordinárias. É dizer, mesmo o julgamento por colegiado ampliado não confere à decisão nenhuma garantia de justiça, do contrário nem sequer haveria necessidade de se prever recursos contra esta decisão aos tribunais superiores.

De mais a mais, o argumento (sedutor) de que, com a técnica do art. 942 do NCPC, evitando-se a necessidade de recorrer, bem como prazos para contrarrazões, ganhar-se-ia celeridade no julgamento da causa. Nada mais do que um clichê.

É, talvez, um argumento mais aceitável dizer que, o que faz atrasar o julgamento de um recurso não é o seu prazo e nem o prazo do recorrido, mas sim a demora pelo qual o mesmo fica no aguardo de ser enfrentado. E, com a técnica do art. 942 do NCPC, este prazo será ainda maior, haja vista que, como vimos, a aplicação da técnica dependerá da composição dos membros do órgão fracionário (em caso de apelação cível e agravo

de instrumento) e, como bem se disse, há 15 (quinze) Tribunais no país que só possuem previsão para 03 (três) membros, o que recomendará logística para que se agende um dia desimpedido na qual a convocação dos novos membros possa ser efetivada, não se olvidando, também, que, por óbvio, estes novos julgadores poderão estar sujeitos a mesma sistemática nos órgãos que originariamente já estão ocupando, o que tornaria ainda mais complexa a situação.

Fiquemos por aqui, no tocante às críticas, porque o tema é volátil e muito fértil para questionamentos, até mesmo porque o NCPC é ainda bastante jovem e não houve tempo suficiente para ser alvo dos fervorosos embates a nível de jurisprudência. Mas isso, no entanto, não nos impede de comentar as soluções colimadas.

Em salvaguarda a esta inovação legislativa, há juristas[28] que defendem, em tom de nostalgia, a previsão original do Anteprojeto, conforme era o art. 861, §3º, uma vez que tal dispositivo asseguraria que "o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento".

Ou seja, considerando que o legislador infraconstitucional, embora não tenha, no NCPC, ratificado integralmente o art. 861 do Anteprojeto, no entanto, preservou o texto do seu §3º, consoante se observa no art. 941, §3º do NCPC, mas não lhe franqueou o alcance absoluto que dantes já idealizava o Anteprojeto.

Com efeito, no entender de PETRARCA *et al* (2015, p. 2):

> (...) se a intenção era manter uma forma de ampliar a discussão quando se tem um voto vencido, na busca por uma "maior justiça" nas decisões, bastaria manter o que o NCPC já prevê no art. 941, §3º (...). Isso porque a via recursal para as instâncias superiores já detém forte amplitude meritória, pois o voto vencido poderá ser plenamente examinado para fins de reforma do acórdão recorrido.

É dizer, a tão venerada divergência, se houvesse a aplicação absoluta do art. 941, §3º do NCPC a todos os recursos julgados por maioria, certamente estaria protegida para enfrentamento em sede das instâncias superiores, já, portanto, garantindo-se a possibilidade de reversão do julgado sem a necessidade de uma *escala horizontal obrigatória*[29] de

julgamento não unânime.

Em outra via de panaceia, há quem deseja uma volta ainda mais profunda, com a repristinação dos Embargos Infringentes. E, deveras, há uma boa razão para que se possa repensar no assunto, conforme mui bem discorre COSTA (2014, p. 396):

> Tenha-se em mente que os embargos [infringentes] propiciam a última oportunidade para que sejam resolvidas as *questões de fato*. Para além dos tribunais inferiores, as questões de direito poderão ser ainda reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. No entanto, a análise das questões fáticas – quase sempre o principal fator determinante ao deslinde da causa – está restrita a duas instâncias.

Em verdade, pois, os Tribunais de Sobreposição, leia-se STJ e STF, possuem reiterado entendimento acerca da vedação ao reexame de matéria fática, conforme são os enunciados de Súmula nº 279 (STF)[30] e 07 (STJ)[31], assim, talvez, há um bom argumento para que se possa repensar na restauração dos Embargos Infringentes[32] que se opõem à técnica do art. 942 do NCPC em razão de não ampliar as hipóteses de cabimento.

E, para endossar a ideia contra a *vilanização* dos Embargos Infringentes, pode-se dizer que há dois dos maiores baluartes processualistas brasileiros que passaram a defender o tal instrumento de irresignação após se tornarem juízes de segunda instância e conviverem com os mesmos no cotidiano forense, conforme são Pontes de Miranda e Barbosa Moreira, cujos depoimentos são de quão valioso registrar:

> 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 órgão 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 de mentalidades popular, na relação contra a errada justiça reinícola (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 329-330).
>
> Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que se casos, como o de divergência só no caso de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal *confirmado* (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.570, de 8.1.1946 (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5v. Rio de Janeiro: Forense, p. 518).

Aliás, é importar consignar aos desavisados que os Embargos Infringentes não foram totalmente sepultados do ordenamento jurídico brasileiro, vez que ainda sobrevivem no Código de Processo Penal que, a despeito da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), entrementes, não fora objeto de revogação expressa, persistindo, portanto, hígida a redação do seu art. 609, parágrafo único[33].

Mas, enfim, restaurar ou não os Infringentes ou aplicar generalizadamente o art. 941, §3º do NCPC aos julgamentos por maioria são, talvez, as sugestões que a doutrina encontrou para combater os problemas já profetizados em relação à aplicação da técnica de julgamento do art. 942 do NCPC.

Talvez, também, se deva apostar, enquanto terceira via, na força persuasiva dos precedentes, forte tendência arraigada do hodierno processo civil brasileiro que por meio da aplicação da técnica dos julgamentos de casos repetitivos, pensando em uma perspectiva a médio prazo, irão repercutir na formação concentrada de precedentes obrigatórios de modo a esvaziar o conteúdo aplicativo do art. 942 do

NCPC, já que não haverá, regra geral[34], oportunidade para se discutir aquilo já imantado na jurisprudência.

Assim, é provável que com o enraizamento no foro deste método de solução em bloco ou por meio da força persuasiva dos precedentes, consiga-se a um só tempo a redução de processos e a enxurrada de recursos, bem como a segurança e a estabilidade da ordem jurídica, estancando a divergência de entendimentos entre os julgadores que, como se sabe, é o elemento comburente a desencadear a aplicação da técnica prevista no art. 942 do NCPC.

Ou, do contrário, pensando numa perspectiva mais realista ao famoso comportamento do astuto brasileiro, talvez a solução mais econômica e viável será, por uma questão de preservação da viabilidade dos trabalhos, que os julgadores passem a automaticamente acompanharem o voto do relator, ainda que com a ressalva de entendimento pessoal diverso, mas apenas para evitar a necessidade de ampliação do colegiado e procrastinação do julgamento definitivo, já que, como reiteradamente dito, a divergência de fundamentação não atrai a aplicação da técnica do art. 942 do NCPC, mas somente aquela afeita ao resultado.

Aguardemos, pois, para saber se o art. 942 do NCPC será a tão sonhada solução à efetividade ou, quem sabe, um retrocesso qualificado que venha a implicar em judiciosos debates horizontais estimuladores da combalida morosidade judicial. Eis o vaticínio que nos espera!

6 CONCLUSÃO

Já desde o Anteprojeto do NCPC, a ideia da efetividade destacava-se como meta a ser buscada e, nisto, percebeu-se que um dos pontos de entrave estava justamente na reforma das hipóteses recursais, sempre interpretada como uma das vilãs à celeridade processual.

Na tramitação do projeto no Congresso Nacional, a força política (sem redundância) fez valer a imposição da maioria parlamentar em face da opinião dos consultores jurídicos, criando uma verdadeira técnica de julgamento que misturava raízes dos Embargos Infringentes, mas com intenção inovadora de ainda mais valorizar a divergência.

Com efeito, a tal técnica que fora materializada no art. 942 do NCPC, incrementou o processo civil ao ampliar as hipóteses de enfrentamento da divergência, ora sem limites para o julgamento não unânime da

apelação, ora inovando de forma condicional em relação ao julgamento não unânime do agravo de instrumento e da ação rescisória.

Na doutrina, muito se discute ainda sobre sua natureza jurídica (se recurso ou técnica de julgamento), o que provoca reflexos consideráveis (se caberá embargos de declaração ou não; se é voluntário ou de ofício), mas já se destaca a posição que entende ser uma técnica de julgamento com a ampliação do colegiado.

Apesar de inovadora e de ser defendida por aqueles que a idealizaram como uma "técnica simples e célere", mas não está imune às críticas, uma vez que pode ocasionar problemas com a logística do julgamento mormente naqueles tribunais cujos órgãos fracionários são compostos por apenas 03 (três) membros, bem como a valorização da divergência sem regras prévias e claras podem causas verdadeiras chicanas processuais sem solução ainda definidas pela lei.

Isto fez com que logo se alardeasse entre os juristas a nostalgia pelos extintos Embargos Infringentes (posto que propiciaria a última oportunidade de resolver as questões de fato), ou então a ideia germinada no Anteprojeto com a inclusão do voto vencido no acórdão para todos os efeitos legais, sendo a divergência relegada às instâncias superiores.

Pensamos também que uma terceira via poderia ser a confiança na força persuasiva dos precedentes que, ao mesmo tempo em que contribui para diminuição da litigância desenfreada, estanca a possibilidade de divergência, o que esvaziaria o objeto do art. 942 do NCPC, obviamente em uma pretensão de médio prazo.

No entanto, em vista do atual cenário e da própria práxis jurídica brasileira, talvez a opção mais econômica (do ponto de vista intelectual e do esforço físico) será a abnegação da convicção do magistrado a fim de evitar ao máximo a divergência, embora sem não antes consignar seu entendimento pessoal, o que lhe poupará ao final o desgaste de reapreciar aquilo já apreciado. Talvez.

Mas, considerando que a matéria ainda se encontra em efervescência, até mesmo porque o NCPC não completou sequer o seu primeiro aniversário, fiquemos atentos para ver se a solução criada vingará ou será mais um texto legal ornamental.

"ART. 942 NCPC: THE SOLUTION OR REVERSE QUALIFIED? VICISSITUDES AN AMBITIOUS LAWGIVER ORDINARY"

ABSTRACT: This article consists of a critical study of the legislative innovation provided for in art. 942 of the current Civil Procedure Code which implemented the technique of expansion of the college in the not unanimous judgments, whose research has focused on travel from the germinal base still in the draft until the effective enactment of Law 13.105/2015 (NCPC) and it sought to analyze the controversial legal nature with its practical implications and assumptions of no place to, in the end, have arguments to put into question the usefulness of the institute is, in fact, solution or backward.

KEYWORDS: Technique. Judgment. Divergence.

Notas

1 Nos termos do art. 530 do CPC de 1973: "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".

2 Nesse sentido, "A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, por tal razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão". (BUZAID, Alfredo. *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil*. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 111)

3 Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, - Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf> acesso em 19 mai. 2016.

4 Parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1026407>acesso em 19 mai.2016.

5 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In* Possibilidades de juiz ponderar normas consagra o irracionalismo no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2016, 7h20. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro> acesso em: 19 mai.2016.

6 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Pequena História dos Embargos Infringentes no Brasil*: uma viagem redonda. Novas Tendências do processo civil. 2v.Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 399.

7 Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves: "(...) o recurso, entretanto, depende da vontade da parte, enquanto a nova técnica de julgamento é cogente, sendo aplicável de ofício". (*In* Manual de Direito Processual Civil. Vol. único. 8ªed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 1.339). LAMY, Eduardo de Avelar. "A transformação dos Embargos Infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses". Novas Tendências do Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 373.

8 Em crítica à ideia de *nova* técnica de julgamento, é a lição de COSTA (2014,p. 400): "Em segundo lugar, não se trata de '*nova* técnica de julgamento'. (...) [da] Coleção das leis extravagantes de Duarte Nunes do Lião, embora mais conhecida como 'Código Sebastiânico', nele, era previsto que: a) para a confirmação das decisões interlocutórias bastava a

concordância de dois desembargadores ('dous conformes'); para a revogação era preciso a presença de três desembargadores (1.5.3); b)nos julgamentos que exigiam a presença de três desembargadores, para confirmar ou revogar a decisão recorrida, não havendo concordância entre eles, um quarto julgador deveria ser convocado (1.5.6 e 7). Como se pode notar, não havia propriamente um pedido, mas a convocação *ex officio* de um novo julgador para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial".

9 No caso da apelação cível, conforme art. 1.011, inciso II do NCPC; no caso do agravo de instrumento, conforme art. 1.019, *caput* do NCPC.

10 Para o jurista Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, o julgamento realizado por um magistrado que não faça parte do *quórum* original do colegiado macularia o princípio do juiz natural, por compreender que, neste caso, o voto condutor poderia ser proferido por magistrado que não integra previamente o colegiado. (DANTAS, 2012, p. 12).

11 Exemplo já ocorreu, *v.g.*, com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, por meio da sua Res. TJ/TP/RJ nº 02/2015 e Res. Nº 48/2015 que alteraram os artigos art.5º-A, inciso V, art. 5º-B, inciso V, art. 130, de modo a compatibilizá-los com o novel art. 942 do NCPC.

12 Art. 530 do CPC de 1973: "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".

13 Tal hipótese abeberou-se na previsão da Súmula 255 do STJ: "Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito".

14 É a decisão prevista no atual art. 356 do NCPC, onde o juiz poderá decidir parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles forem incontroversos ou estiverem em condições de imediato julgamento a cuja decisão o próprio NCPC previu o manejo do Agravo de Instrumento (§5º), em caso de irresignação.

15 Embora o texto do NCPC tenha trazido, expressamente, no art. 942, §3º, inciso I a previsão de que a tal técnica de ampliação de julgamento incorra apenas quando o resultado for a rescisão da *sentença*, pensamos que também será possível quando a rescisão recair sobre *decisão interlocutória*, já que, com a hodierna e expressa previsão do art. 966 do NCPC, caberá ação rescisória, também, em face de decisão de mérito (o que não ocorria na égide do art. 485 do CPC/1973), não existindo, portanto, razões plausíveis para justificar a impropriedade da técnica do art. 942, §3º, I do NCPC quando, diante, da rescisão de *decisão* meritória.

16 A inspiração, possivelmente, foi o Enunciado de Súmula nº 390 do STJ: "Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes".

17 Serve, igualmente, de fundamento para justificar a não aplicação no caso de julgamento não unânime em sede de ação rescisória já apreciada originalmente pelo plenário ou pelo órgão especial.

18 Enunciado nº 466: A técnica do art. 942 não se aplica aos embargos infringentes pendentes ao tempo do início da vigência do CPC, cujo julgamento deverá ocorrer nos termos dos arts. 530 e seguintes do CPC de 1973.

19 Enunciado nº 522: Não se aplica a técnica de ampliação do colegiado em caso de julgamento não unânime no âmbito dos Juizados Especiais.

20 Art. 942. (...)§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

21 Art. 942. (...)§ 2º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

22 Art. 941. (...)§1º. O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.

23 Conforme parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

24 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *A problemática dos embargos infringentes no projeto*

do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et. al.* (org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 727-738.

25 Que correspondem aos 15 primeiros que possuem até 03 juízes somados aos 08 que possuem até 04 juízes integrantes da composição originária do órgão.

26 No entanto, para Fredie Didier Jr., "(...) caso não seja observada a técnica do art. 942, CPC, o acórdão será nulo, por vício de competência funcional" (DIDIER JR, 2016, p. 78).

27 É um típico exemplo do que a doutrina conhece por "*voto concorrente*, onde o julgador adere ao resultado, sem aderir ao fundamento". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 40).

28 A exemplo do Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

29 BECKER e NÓBREGA (2015, p. 04)

30 Súmula 279 (STF): Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

31 Súmula 07 (STJ): A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

32 Em oposição a esta restauração é a opinião do Ministro Marcelo Navarro, para quem, "(...) a justiça do trabalho vive muito bem sem eles". (DANTAS, 2012, p. 14).

33 Art. 609. (...). Parágrafo único: Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

34 Salvo quando a parte interessada se valer da técnica hermenêutica do *distinguishing* para persuadir pela inaplicabilidade do precedente vinculativo.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo Frantz; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de março de 2015. 6h00. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos> acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*, - Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://ghlb.files.wordpress.com/2010/06/anteprojeto-novo-cpc.pdf> acesso em 19 mai. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Deputado Sérgio Barradas Carneiro*, p. 57. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1026407>acesso em 19 mai.2016.

BUZAID, Alfredo. *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil***:** Estudos de direito. 1.v. São Paulo: Saraiva, 1972.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Pequena História dos Embargos*

Infringentes no Brasil: uma viagem redonda. Novas Tendências do Processo Civil. 2v.Salvador: Jus Podivm, 2014.
_____. *In* Possibilidades de juiz ponderar normas consagra o irracionalismo no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2016, 7h20. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-10/entrevista-eduardo-jose-fonseca-costa-presidente-abdpro> acesso em: 19 mai.2016.
DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo Código de Processo Civil. In*: FREIRE, Alexandre *et. al.* (org.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 727-738.
DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 3.v.13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
LAMY, Eduardo de Avelar. *A transformação dos Embargos Infringentes em técnica de julgamento*: ampliação das hipóteses. Novas Tendências do Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.
MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5v. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. único. 8ªed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
PETRARCA, Carolina; ROLLEMBERG, Gabriela; LOBATO, Rafael. Seria o fim dos embargos infringentes um avanço ou um retrocesso para a celeridade processual? *Revista eletrônica Migalhas*. 10 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238870,61044-Seria+o+fim+dos+embargos+infringentes+um+avanco+ou+um+retrocesso+para> acesso em: 15 mai. 2016.
STRECK, Lenio Luiz; HERZL, Ricardo Augusto. O que é isto – Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra.... *Revista Consultor Jurídico*, 13 de janeiro de 2015, 6h10. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra> acesso em 19 mai. 2016.