

TÉCNICA DE JULGAMENTO NAS HIPÓTESES DE DIVERGÊNCIA NOS TRIBUNAIS – ART. 942 CPC

Luiz Fernando Valladão Nogueira¹

Resumo: O presente artigo enfrenta as mais relevantes nuances ao redor da chamada técnica de julgamento ampliado, contida no art. 942 CPC. A ideia é, a partir dos mais importantes critérios de interpretação das normas, apresentar proposições sobre cabimento e procedimento da aludida técnica. Tenta-se, sobretudo, visualizar interpretações que, ao final, possam resultar em segurança jurídica e fidelidade às opções do legislador.

Abstract: This article deals with the most relevant nuances around the so-called extended judgment technique, contained in art. 942 CPC. The idea is, based on the most important criteria for the interpretation of the rules, to present proposals on the appropriateness and procedure of the mentioned technique. Above all, we try to visualize interpretations that, in the end, may result in legal certainty and fidelity to the legislator's options.

Palavras-chaves: Técnica e julgamento – divergência e tribunais – julgamento e ampliado – art. 945 CPC – cabimento e procedimento.

Key words: Technique and judgment - divergence and courts - trial and expanded - art. 945 CPC - fit and procedure

1. Rápida incursão nos principais critérios de interpretação das normas.

O CPC/15 inovou quando trouxe a técnica de julgamento do art. 942, pela qual se amplia o colegiado dos tribunais de 2ª instância, em determinadas situações de divergência na turma originária. E, sendo uma novidade no nosso sistema processual, esse procedimento vem gerando intensas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Para enfrentar ditas divergências e tentar trazer um pouco mais de segurança e previsibilidade na aplicação desse procedimento, deve-se interpretar o art. 942 de forma lógica e justa. Por isso, de início, é prudente destacar os principais mecanismos de interpretação das normas jurídicas.

Com efeito, pode-se, objetivamente, afirmar que a **interpretação literal** deve ser aplicada quando é possível aferir o sentido e o alcance da norma a partir do dado gramatical, sendo que, nestes casos, depara-se, como regra geral, com textos claros e que refletem evidentes escolhas do ente legislador.

¹ Advogado. Procurador do Município de Belo Horizonte. Autor dos livros “Recursos e Procedimentos nos Tribunais no CPC” (5ª ed, ed D’Plácido) e “Recurso Especial (5ª ed, ed. Del Rey). Coordenador e professor da Pós-graduação em Processo Civil das Faculdades Cedin e Arnaldo Janssen.

Miguel Reale Júnior² bem lembra que o **primeiro caminho** a ser percorrido pelo intérprete passa pela interpretação gramatical. Com efeito, “a lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do **ponto de vista gramatical**. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – **o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal**. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.”³

Já pela **interpretação teleológica** o exegeta tenta descobrir a intenção do legislador, a fim de que a aplicação da norma ao caso concreto a ela se ajuste. Podem, por exemplo, restar lacunas após a tentativa de interpretação literal, e que exigem esta procura pelo sentido da norma. Outras vezes pode ser até clara a opção gramatical, mas é possível que o legislador tenha se traído na redação e, conseqüentemente, estabelecido aparente distância de seu propósito. A interpretação teleológica deve ser bússola a ser usada em situações como estas.

Valiosa doutrina⁴ ensina que “**a interpretação teleológica objetiva depreender a finalidade do modelo normativo, haja vista que a delimitação do sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma jurídica**”.

E, por fim, a **interpretação sistemática** é aquela que insere a norma em estudo dentro de um contexto mais amplo, a fim de que ela seja aplicada em sintonia com outras fontes normativas. A norma legal pode ser clara em sua literalidade, mas destoante do sistema normativo,

² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 10 ed, pág. 275. São Paulo: Saraiva, 1983.

³ No mesmo sentido: “A **interpretação gramatical** é a análise da lei com base nas palavras que compõem seu texto, bem como da conexão entre elas. Na interpretação gramatical, o intérprete analisa o texto da lei com base nas palavras e na conexão lingüística. Assim, o intérprete se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando regras de concordância ou regência.”

(RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 177, n. 45, p.265-283, jan. 2008.)

⁴ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 177, n. 45, p.265-283, jan. 2008

inclusive sob a ótica hierárquica. Em situações deste *jaez* vem à tona a interpretação sistemática.

Em seu primeiro artigo, o CPC/15 já coloca em destaque, de certa forma, a interpretação sistemática, chamando a atenção ao fato de que ele próprio deve ser “*interpretado conforme os valores e as **normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código***”. Aliás, nesse sentido, o mesmo diploma legal, em seu artigo 489 § 2º⁵, alerta o juiz sobre a possibilidade de haver conflito entre normas – não apenas entre regras legais –, cabendo-lhe utilizar do critério de ponderação, sendo viável até mesmo fazer prevalecer um princípio em detrimento da regra legal.

A doutrina do Ministro Eros Grau chega a ser enfática: “... **não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum**”⁶

É lógico que estes critérios não são colocados em prática de forma separada e estanque. Eles se mesclam para que se possa aferir o real sentido e alcance da norma em estudo.

Porém, deve o exegeta, dentro do possível, tentar seguir um roteiro mais objetivo. Com efeito, até mesmo sob a ótica da **separação dos poderes**, deve tentar encontrar didaticamente, **primeiro**, a clara opção do legislador (interpretação literal – princípio da legalidade – proposição do Poder Legislativo), observando, desde já, se ela não ofende normas superiores e/ou o próprio sistema normativo como um todo. Se houver alguma falta de sintonia apurada neste sistema comparativo, o Judiciário fará a adaptação quando da aplicação da norma ao caso concreto. Ainda havendo lacunas ou dúvidas sobre esta real opção do legislador, vem a calhar a interpretação teleológica, para que o Judiciário, do alto de sua competência constitucional, aplique a norma de acordo com o que foi idealizado legislador à luz da realidade social e jurídica.

⁵ Art. 489 - ...

§ 2º No caso de **colisão entre normas**, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na **norma afastada** e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

⁶ (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34).

Em assim sendo, especificamente no que tange ao art. 942 CPC, compete ao exegeta aferir a vontade clara e insofismável do legislador quanto às hipóteses de ampliação do colegiado (interpretação literal). Não se justifica, em princípio, qualquer ampliação em hipóteses onde se verifica clareza na escolha do legislador. Mormente no campo processual, tais ampliações geram insegurança aos contendores.

Seguindo em sua pretensão de bem interpretar a disposição legal, compete ao estudioso verificar a realidade em que se situa, histórica e axiologicamente, o procedimento em pauta, a fim de que eventuais lacunas sejam preenchidas por meio da aferição sobre o real intento do legislador (interpretação teleológica). Vale dizer que o exegeta deve, para facilitar sua compreensão sobre a norma legal, entender o que quis alcançar, em prol do bem comum, o legislador por meio desta inovação. Não é sem razão, a tal propósito, que a própria Lei de Introdução à Normas de Direito Brasileiro – art. 5º - dispõe que *“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

O intérprete poderá aperfeiçoar a sua compreensão sobre o alcance e procedimento correto do art. 942 CPC, por meio de uma análise ampla, pela qual situará o instituto em tela no âmbito maior do novo diploma processual, sobretudo atento aos princípios por este adotados (interpretação sistemática).

Neste particular, o estudo do art. 942 CPC deve ser feito atento às opções do legislador, aferíveis a partir da compreensão ampla de todo o sistema. Com efeito, não se pode deixar de lembrar, rapidamente, a clara determinação do CPC/15 de aniquilar o princípio do duplo grau de jurisdição, o que foi feito para valorizar a primazia do mérito e a duração razoável do processo. A contrapartida a isso se verifica na potencialização dos princípios do efetivo contraditório e da não-surpresa e, sobretudo, na mais valia da colegialidade nos tribunais de 2º grau. Enfim, pode-se dizer que o CPC/15 tentou diminuir etapas e acelerar a passagem pela 1ª instância, na convicção de que os debates e a qualidade seriam resguardados (contraditório e não-surpresa) e que os tribunais de 2ª instância estariam em condições de efetuar amadurecidas revisões. Aliás, a importância dos julgamentos colegiados pelos tribunais alcançou o seu ápice no princípio da estabilização da jurisprudência, mormente no ponto em que este impôs efeito vinculante (art. 927 CPC) a alguns precedentes⁷.

⁷ Diga-se de passagem que, mesmo os precedentes não vinculantes devem ser observados pelos tribunais, ante o propósito de haver coerência nos julgados. Tanto é verdade que a decisão judicial, para não aplicar “precedente” ou “jurisprudência” invocados, ainda que estes sejam despidos do caráter vinculante, deve demonstrar *“a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”* (art. 489 § 1º VI CPC).

2. O art. 942 CPC e o desgaste dos embargos infringentes.

Sistema anterior para as hipóteses de divergência nos tribunais de 2ª instância.

Sabe-se que, no CPC/73, existia, para as hipóteses de divergência entre os julgadores quando do julgamento da apelação e da ação rescisória, a previsão dos embargos infringentes.

Tratava-se de recurso que, inicialmente, abria a oportunidade de novo debate por um colegiado maior, independente mesmo do alcance e conteúdo da divergência instaurada. Permitia-se, assim, ante a relevância do princípio do duplo grau de jurisdição e das decisões colegiadas, que a dialética fosse enriquecida com ampliação dos quóruns. As decisões colegiadas, dessa forma, seriam sempre mais aprimoradas, porque ensejariam, instaurada a divergência, a ampliação do colegiado.

Eis a redação originária do art. 530 CPC/73: **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.**

Vê-se, pois, que eram cabíveis embargos infringentes, de forma quase ilimitada, bastando que a divergência ocorresse no âmbito de apelação ou ação rescisória.

Acontece que o acesso à jurisdição, fomentado pela Constituição Federal de 1988, trouxe um volume exagerado de demandas, sendo que as divergências em 2º grau de jurisdição começavam a incomodar. É que elas ensejavam a interposição dos aludidos embargos infringentes, sendo que estes, burocráticos que eram, atrasavam mais ainda a prestação jurisdicional.

Assim é que numa das micro reformas implantadas no CPC/73 restringiu-se o cabimento dos embargos infringentes.

O art. 530 daquele *códex* assim passou a estabelecer: ***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.*** (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

Vê-se, da redação supra, que caberiam embargos infringentes, se, no caso da apelação, houvesse i) *divergência* ii) *com reforma* iii) *da sentença* iv) *de mérito*. Fora disso, não caberiam os embargos infringentes. Ou seja, se, por exemplo, o acórdão apenas anulasse ou mantivesse a sentença não caberiam os embargos infringentes. De igual forma, se houvesse reforma de sentença que não examinou o mérito, descabidos seriam os embargos infringentes.

Já no caso da ação rescisória a divergência só abriria ensanchas para a interposição dos embargos infringentes, se o resultado tivesse sido de procedência do pleito inicial.

A despeito destas limitações ao cabimento dos embargos infringentes, ainda continuava a ser visto como um recurso que gerava desperdício de tempo. Aliás, verdade seja dita, a ampliação do colegiado em casos tais dava-se com a interposição do aludido recurso, ao que se seguia prazo para apresentação de contrarrazões e oitiva do MP, nas hipóteses em que tal se justificava. Além disso, havia necessidade de nova inclusão em pauta do recurso, com todos os desdobramentos procedimentais daí advindos, o que – assim afirmava a maioria – atrasava sobremaneira o julgamento final pelo tribunal.

Nesse cenário que a comunidade jurídica viu-se na contingência de debater o tema (divergência nos tribunais), o que se intensificou na ocasião em que o novo Código Processual estava para virar uma realidade.

3. O art. 942 CPC. Abordagem conceitual. Literalidade e opções claras – Descabimento de ampliações ou restrições para as hipóteses de cabimento.

Pois bem, o fato é que, ao fim do debate, prevaleceu que os embargos infringentes deveriam ser extirpados do nosso sistema. Tratava-se de recurso anacrônico e burocrático. Portanto, embora democrático, merecia ser sepultado.

Em substituição a este demorado recurso de embargos infringentes e acolhendo propostas do meio acadêmico e profissional, eis que o legislador trouxe um procedimento (ou uma *técnica de julgamento*). Tal técnica, inserida no ora estudado art. 942 CPC, eliminava todo o procedimento burocrático (prazos para interposição de recurso e oferecimento de contrarrazões etc...), sendo que, doravante, o colegiado ampliar-se-á, de ofício, por meio de um procedimento a ser imposto pelo presidente do colegiado.

Neste contexto, pode-se dizer que a técnica ou procedimento do art. 942 do código processual não se identifica como recurso, pois este exige ato de insurgimento da parte, sob pena da decisão ser alcançada pela preclusão ou coisa julgada. O artigo em estudo impõe, diferente disso, um procedimento a ser observado pelos julgadores, sem que, para tanto, haja um ato voluntário praticado pela parte.

Prevê o art. 942 um **procedimento** pelo qual o órgão julgador, **ex officio**⁸, nas hipóteses de divergência ali mencionadas, ampliará a sua

⁸ Neste sentido STJ:

composição em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurando, assim, maior diálogo entre os sujeitos do processo, segurança jurídica e eficiência no sistema colegiado.

Com efeito, a divergência nos órgãos fracionados dos tribunais pode ser sugestiva de não pacificação sobre o tema e, portanto, é capaz de trazer desconforto e inconformismo ao jurisdicionado. Melhor, nesse diapasão, que esta divergência seja levada para um debate maior, o qual poderá, em tese, gerar mais segurança ao jurisdicionado, ao mesmo tempo em que propiciará pacificação de entendimento nos órgãos fracionados dos tribunais. Justificável, pois, o procedimento versado pelo art. 942 CPC.

É certo, como já visto, que o procedimento em tela veio em substituição aos embargos infringentes. Tem-se, aí, pois, um norte a ser seguido, para que se possa entender em situações de lacuna (interpretação teleológica) o que quis alcançar o legislador. Mas, vale lembrar o que foi dito ao início, há claras e literais opções legislativas que devem ser assimiladas e acatadas, até mesmo porque refletem reflexões e estudos do legislador.

Deve-se acrescentar a percepção de que o CPC/15, atento aos princípios da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF⁹), primazia do mérito

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO SUBMETIDA AO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. TÉCNICA DE JULGAMENTO AMPLIADO. ART. 942 DO NCPC. ERRO MATERIAL NA CERTIDÃO DE JULGAMENTO. OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

... 2. **O procedimento previsto no art. 942 do NCPC não configura espécie recursal, mas uma técnica de julgamento a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência.**

3. Tem cabimento, nas hipóteses do caput, quando o Tribunal, ao apreciar a apelação, proferir julgamento não unânime, pouco importando que haja juízo de reforma ou cassação. Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1783569/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 21/08/2019)

⁹ **Art. 5º LXXVIII CF** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(arts. 4º e 6º CPC¹⁰) e da eficiência (art. 8º CPC¹¹), optou por quase anular o duplo grau de jurisdição. Isso porque, em diversas situações, como que confiando nos tribunais, deliberou o legislador em eliminar repetições de atos processuais, inclusive judiciais, no primeiro grau de jurisdição. Exemplos disso estão nos art. 938 § 3º¹² e 1013 § 3º CPC¹³. Com efeito, o primeiro artigo dispensa pronunciamento do juiz de 1º grau sobre provas, que seriam determinadas diretamente pelo tribunal, ao passo que o segundo artigo supera o dogma da *supressão de instância* e determina que o tribunal complete e corrija diretamente os pontos omissos e mesmo incongruentes das decisões originárias.

Em outras palavras, o legislador quer seja alcançado o julgamento de mérito definitivo, o quanto antes. Para que esta desejada celeridade não gere falta de qualidade, o legislador deposita toda sua confiança num julgamento maduro e qualificado pelos tribunais de 2º grau.

Mais ainda, para que esta pressa e eliminação do duplo grau de jurisdição não gerem maiores perdas na qualidade da prestação jurisdicional, o legislador deu ênfase aos princípios do efetivo contraditório (art. 7º CPC¹⁴) e da não-surpresa (arts. 9 e 10¹⁵ - arts. 932 par. único e 933 CPC¹⁶).

¹⁰ **Art. 4º** As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹¹ **Art. 8º** Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**.

¹² **Art. 938 CPC...**

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

¹³ **Art. 1013 CPC...**

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

¹⁴ **Art. 7º** É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo **efetivo contraditório**.

Assim podemos sintetizar o contexto em que foi inserido o procedimento em tela:

- a) O art. 942 do código, consoante é notório, veio em decorrência da *falência* dos embargos infringentes, recurso antes previsto para impor-se a ampliação do colegiado em algumas hipóteses de divergência. Havia uma crítica acirrada sobre a demora no processamento e julgamento dos embargos infringentes, razão pela qual o novo código optou por manter a ampliação do colegiado, mas por meio de procedimento mais simples e que é implementado *ex officio* pelo órgão julgador.
- b) Apesar desta notória troca do antigo recurso por um procedimento simplificado, houve evidentes opções do legislador quanto a ampliar as hipóteses de aumento do colegiado.
- c) O procedimento em pauta veio à lume, num contexto em que o duplo grau de jurisdição foi quase desconsiderado pelo novo código, ao mesmo tempo em que, para aliviar as consequências daí advindas, potencializou-se a aplicação dos princípios do efetivo contraditório, da não-surpresa, da colegialidade e da estabilização da jurisprudência.

Eis, enfim, a literalidade da norma:

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.

¹⁵ **Art. 9º** Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁶**Art. 932 CPC...** **Parágrafo único.** Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 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.

Percebe-se, de início, que será aplicada a técnica de julgamento, quando houver divergência, em grau de apelação (caput art. 942 CPC), ação rescisória com resultado de rescisão da sentença, ou agravo de instrumento com reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (§ 3º inc. I e II art. 942 CPC).

Isso significa dizer que, quanto à apelação, diferentemente do que acontecia com o cabimento dos embargos infringentes, optou o legislador por ampliar a incidência do procedimento do art. 942. Vale dizer (e será esmiuçado adiante) que, por clara e compreensível opção do legislador, será ampliado o colegiado quando houver divergência em apelação, ainda que seja mantida ou anulada a sentença (não existe a necessidade de que haja *reforma*). De igual forma, será imposta a técnica de julgamento ampliado mesmo que a reforma (ou confirmação) seja de sentença que não examinara o mérito. O que releva é a divergência no julgamento da apelação. E ponto final¹⁷!

¹⁷ Doutrina neste sentido:

“Em alguns Tribunais, já há manifestação de entendimento segundo o qual o art. 942 do CPC somente deve ser aplicado no julgamento da apelação, se tiver havido modificação da sentença de mérito. Se o julgamento não unânime tiver concluído pela manutenção da sentença, não haveria incidência do dispositivo, cuja aplicação haveria

Ora, descabe limitar o cabimento do procedimento aos mesmos casos em que se admitia, no CPC/73, o recurso de embargos infringentes. A par da opção clara e insofismável (interpretação literal), tem-se que o propósito do legislador foi o de, considerando a simplicidade do novo procedimento em comparação com a burocracia inerente aos antigos embargos infringentes, ampliar as hipóteses de incidência do instituto em tela (interpretação sistemática). E mais ainda: como visto, já que o duplo grau de jurisdição foi aniquilado, quis o legislador como contrapartida, atento ao sistema como um todo, valorizar o colegiado nos tribunais, assegurando qualidade na prestação jurisdicional (interpretação sistemática).

O STJ já se pronunciou no sentido de que *“a técnica de ampliação do julgamento prevista no CPC/2015 possui objetivo semelhante ao que possuíam os embargos infringentes do CPC/1973, que não mais subsistem, qual seja a viabilidade de maior grau de correção e justiça nas decisões judiciais, com julgamentos mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, de uma maneira mais econômica e célere”*. E mais: ***“Contudo, diferentemente dos embargos infringentes do CPC/1973 - que limitava, no caso da apelação, a incidência do recurso aos julgamentos que resultassem em reforma da sentença de mérito -, a técnica de julgamento prevista no CPC/2015 deverá ser utilizada quando o resultado da apelação for não unânime, independentemente de ser julgamento que reforma ou mantém a sentença impugnada”***¹⁸.

Já quanto à incidência da técnica de julgamento nas situações de divergência no julgamento do agravo de instrumento, a opção clara do legislador foi de limitar, diferente do que fez no caso da apelação, para a hipótese em que *“houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito”*.

de ser sistêmica, coerente e harmônica. Como no julgamento do agravo de instrumento e no da ação rescisória a regra só incide quando houver modificação da situação anterior, o mesmo deveria ocorrer com a apelação. Tal entendimento não se revela adequado, conflitando com o texto expresso do art. 942 do CPC. **A escolha política, manifestada no referido dispositivo, indica que, na apelação, a regra há de ser aplicada sempre que o julgamento não for unânime.** No caso do agravo de instrumento e no caso da ação rescisória, a dupla conformidade afasta a aplicação da regra, de modo que só haverá sua incidência quando o resultado apontar, respectivamente, para a mudança da decisão agravada ou para a desconstituição da coisa julgada. Enfim, na apelação, o art. 942 aplica-se sempre que houve julgamento não unânime, independentemente do seu conteúdo.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, pp. 99/101).

¹⁸ REsp 1733820/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 10/12/2018

Ora, aí não cabe ampliar o cabimento, pois a opção do legislador é clara e, ao mesmo tempo, está sintonizada com a lógica de prolongar-se o debate apenas para as decisões definitivas de mérito. Sim, com o formato do art. 1015 CPC (hipóteses de cabimento do agravo de instrumento), deseja o legislador reduzir o acesso ao tribunal de 2º grau para revisão de decisões interlocutórias. Nessa toada faz todo o sentido o legislador restringir também o cabimento da técnica de julgamento em pauta apenas para a divergência em agravo que resultar reforma da decisão interlocutória que julgar parcialmente o mérito.

E o que é a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito? A resposta está nos arts. 354 par. único¹⁹ e 356 CPC²⁰. Em ambos os dispositivos tem-se hipóteses em que o juiz julgará, desde já, parte das pretensões das partes, ainda que o processo prossiga em 1ª instância com relação ao restante. São decisões que definem alguns dos pedidos ou parte deles.

Dessa forma, tem-se que se deve ampliar o colegiado numa hipótese em que, em sede de agravo de instrumento, por exemplo, o tribunal de 2º grau reforma a decisão de 1ª instância que julgou, incidentalmente, procedente o pedido de declaração de nulidade do contrato, a despeito de o processo ter prosseguido, lá na origem, quanto aos pedidos cumulados de indenização por danos materiais e morais.

Diferente disso, é aquela hipótese em que o juiz manifesta, incidentalmente, sobre o mérito de algum dos pedidos, mas não o define. Isso acontece, com frequência, por exemplo, nas situações em que o juiz examina requerimentos de tutela provisória, onde deve, necessariamente, avaliar a probabilidade do direito (requisito legal ao seu deferimento). Ora, neste caso o juiz não está julgando parcialmente o mérito, mas apenas incursionando nele (para avaliar a probabilidade do direito invocado), sem defini-lo. Trata-se de análise provisória e reversível, que foi feita apenas para subsidiar a decisão sobre o requerimento de tutela provisória. Neste caso, mesmo havendo reforma com divergência no tribunal em sede de agravo de instrumento, não

¹⁹ **Art. 354.** Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

²⁰ **Art. 356.** O juiz decidirá **parcialmente o mérito** quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

...
§ 5º À **decisão** proferida com base neste artigo é **impugnável por agravo de instrumento**.

caberá a ampliação do colegiado. Isso seria uma ampliação indevida e geradora de insegurança jurídica.

Cabe o destaque de que, como é cediço, a decisão sobre decadência ou prescrição, embora verse sobre prejudicial de mérito propriamente dito, é tratada pelo próprio código como de mérito (art. 487 II CPC²¹). Isso significa que, em havendo decisão interlocutória que tenha acolhido ou rejeitado prescrição ou decadência de parte das pretensões e direitos em discussão (o processo prosseguiu quanto às demais), e tendo havido reforma por maioria no tribunal, este haverá de impor a ampliação do colegiado na forma do art. 942 CPC.

Há situações, outrossim, em que o juiz, incidentalmente, diz extinguir parte do processo **sem** resolução do mérito, estancando, desde já, um dos pedidos da parte, ao mesmo tempo em que permite o prosseguimento quanto aos demais. Ainda, não raras vezes, o magistrado incorre em erro conceitual, na medida em que, a despeito da nomenclatura usada (extinção **sem** resolução de mérito), sua decisão desatou o mérito **sim**. Por exemplo, tal situação se dá quando o magistrado diz que extingue parte do processo por ilegitimidade da parte (carência de ação – sem resolução de mérito²²), mas, no fundo, **está a definir o direito material com base na própria prova apresentada pelas partes**²³ (**exame de mérito**). Neste exemplo, havendo agravo de instrumento e reforma da decisão por maioria, o tribunal deverá aplicar a técnica de ampliação do art. 942, independente da nomenclatura usada pelo magistrado de 1º grau. Terá

²¹ **Art. 487.** Haverá **resolução de mérito** quando o juiz:

...

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

²² **Art. 485.** O juiz **não** resolverá o mérito quando: ...

VI - verificar **ausência de legitimidade** ou de interesse processual;

²³ Vale lembrar que, pela **teoria da asserção**, só haverá ilegitimidade, por exemplo, se o juiz, **sem análise das provas**, perceber **inexistir**, nos termos da narrativa em abstrato da própria petição inicial, relação jurídica entre autor e réu. Se o juiz analisou provas, em princípio, ele está avançando no mérito.

Neste sentido, **STJ**:

Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Asserção). Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/9/2012.

(REsp 1395875/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

havido aí reforma de decisão parcial **de mérito**, em que pese o erro conceitual em 1º grau, de forma a encaixar-se a situação nos requisitos do § 3º do art. 942 CPC²⁴.

Ainda no campo do cabimento do procedimento do art. 942, deve-se fazer rápidas ponderações sobre sua incidência no julgamento da ação rescisória.

É válido destacar que a ação rescisória comporta duplo juízo: *juízo rescindente e rescisório*. O primeiro gera a rescisão da decisão, ao passo que o segundo traz um novo julgamento da lide (art. 974 CPC²⁵). Portanto, competirá ao Presidente do colegiado conduzir o julgamento, em primeiro lugar, do *juízo rescindente*, sendo que, em havendo rescisão da decisão por maioria, deverá ampliar a votação na forma do art. 942 caput e § 3º I NCPC. Depois, no *juízo rescisorium*, caso este seja cabível no caso concreto e se houver divergência, vez mais haverá a incidência da técnica de julgamento em estudo e deverão ser colhidos os votos dos novos julgadores.

Justifica-se a preocupação do legislador quanto à incidência do procedimento em tela, no caso de procedência da ação rescisória. É que a rescisão da sentença conduz à superação da coisa julgada, excepcionalidade esta que recomenda a ampliação do debate pelo tribunal.

Anote-se, ainda mais, que o dispositivo legal (art. 942 § 3º I CPC) faz alusão, numa certa atecnia, à “rescisão da sentença”. Tal expressão legal, a fim de que haja sintonia do dispositivo com o restante do código²⁶ (interpretação sistemática), não pode comportar mera e acanhada interpretação literal, donde que se conclui ser viável a técnica de julgamento no caso de rescisão de decisão interlocutória de mérito (o art. 966 CPC admite rescisória contra decisão de mérito). E, por óbvio, também no caso em que a decisão rescindenda é acórdão ou decisão monocrática do relator.

²⁴ **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**.

²⁵ **Art. 974.** Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968.

²⁶ O CPC, em diversas situações, em vez de usar a expressão “sentença de mérito”, optou por generalizar e usar a expressão “decisão de mérito”. Isso faz sentido, pois o código fomenta as chamadas decisões interlocutórias de mérito. Demais disso, a expressão “decisão” é abrangente e abarca “acórdão” e “decisão monocrática” e “decisão interlocutória”.

Por derradeiro, de dizer-se que o art. 942 CPC, em seu § 4º, exclui a técnica de julgamento em três hipóteses contidas em seus incisos: julgamento de incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (inc. I); julgamento de remessa necessária (inc. II); e julgamento não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial (inc. III). Os incisos I e III cuidam de excluir a técnica de julgamento para aqueles casos em que o julgamento originário já é feito por meio de quóruns mais amplos, tornando desnecessária a ampliação contida naquela. Já o inciso II, na linha do que já se entendia com relação aos embargos infringentes (súmula 390 STJ²⁷), afasta a técnica de julgamento para casos de divergência em sede de remessa necessária, a qual não é recurso, exatamente por não consubstanciar o inconformismo voluntário daquele que sucumbiu.

4.A Técnica de julgamento e a matéria encaminhada ao colegiado amplo.

Havendo a divergência, serão colhidos, na mesma sessão, os votos dos demais julgadores que não participariam do julgamento original, mas que compõem o colegiado (§ 1º art. 942 CPC), sendo que os novos magistrados limitar-se-ão, exclusivamente, a pronunciar-se sobre a matéria divergente.

Neste ponto, cabe o registro, há ausência de delimitação clara do legislador. De fato, o texto legal não disse, com a clareza necessária, que só a matéria divergente será encaminhada ao colegiado ampliado. Nem disse o contrário, ou seja, que toda a matéria examinada ou examinável pelo colegiado inicial estaria submetida aos novos julgadores.

Tem-se, pois, situação típica em que a alardeada interpretação literal não resolve para o exegeta. Ele precisa, agora com certeza, socorrer-se da interpretação teleológica e, de igual forma, da sistemática.

Pois bem, como já dito, este procedimento substituiu o recurso de embargos infringentes e seu propósito é, tal como antes se dava de forma mais burocrática, ampliar o debate a um colegiado maior, em havendo divergência.

Ora, só aquilo que é divergente é capaz de justificar a ampliação do debate. Se o tribunal decidiu em perfeita harmonia quanto a um ponto da lide, inexistente razão para levá-lo ao colegiado maior. Por ser unânime, tal como acontecia na época em que vigiam os embargos infringentes, dá-se por resolvida a matéria harmonicamente resolvida na instância ordinária, sem necessidade de continuação do debate e ampliação do colegiado.

²⁷ **SÚMULA N. 390.** Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes.

Vale lembrar a clareza da parte final do art. 530 do CPC/73: **"Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência"**.

Ora, diferente de parte da doutrina²⁸ e até mesmo de precedente do STJ²⁹, sustento que a interpretação teleológica leva a crer que, se o

²⁸ Não interessa, aqui, qual é a divergência que surja entre os integrantes da turma julgadora. (...) Seja qual for a divergência, será caso de ampliar-se o colegiado a que incumbe julgar a apelação. (...) Uma vez ampliado o colegiado, todos os cinco magistrados que o integram votam em todas as questões a serem conhecidas no julgamento da apelação. A atuação dos dois novos integrantes da turma julgadora não é limitada à matéria objeto da divergência (afinal, não se está aqui diante dos velhos embargos infringentes, estes sim limitados à matéria objeto da divergência). Devem eles, inclusive, pronunciar-se sobre matérias que já estavam votadas de forma unânime. Assim, por exemplo, se o colegiado (formado por três juízes havia, por unanimidade, conhecido da apelação, e por maioria lhe dava provimento, os dois novos integrantes do colegiado devem se manifestar também sobre a admissibilidade do recurso. E nem se diga que essa questão já estaria superada, preclusa, pois a lei é expressa em estabelecer que os votos podem ser modificados até a proclamação do resultado (CPC, art. 941, § 1º), o que permite afirmar, com absoluta segurança, que o julgamento ainda não se havia encerrado. E pode acontecer de os magistrados que compunham a turma julgadora original, depois da manifestação dos novos integrantes do colegiado, convencerem-se de que seus votos originariamente apresentados estavam equivocados, sendolhes expressamente autorizado que modifiquem seus votos (art. 942, § 2º)." (CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. In: A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. Revista de Processo. vol. 282. ano 43. p. 251-266. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018)

²⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. APELAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. ART. 942 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA. TÉCNICA DE JULGAMENTO. CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE VOTO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a aferir, preliminarmente, se houve negativa de prestação jurisdicional. No mérito, o propósito é definir a correta interpretação e a abrangência da técnica de ampliação de colegiado na hipótese de julgamento não unânime, nos termos do art. 942 do CPC/2015. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 4. No caso concreto, diante da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, foi aplicado, de ofício, o art. 942 do CPC/2015 a fim de ampliar o colegiado com a convocação de outros desembargadores. Na continuidade do julgamento, um dos desembargadores alterou o voto anteriormente proferido para negar provimento à apelação e manter a sentença, resultado que prevaleceu, por maioria. 5. A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pelo CPC/2015, tendo cabimento nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação; ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgou parcialmente o mérito. 6. O art. 942 do CPC/2015 não configura uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência. 7. Constatada a ausência de unanimidade no resultado da apelação, é obrigatória a aplicação do art. 942 do

objetivo foi substituir os embargos infringentes e à míngua de clareza na norma legal, deve-se, aí sim, aplicar o mesmo critério antes vigente no CPC/73 com relação àquele recurso. Até porque não justifica fomentar-se a colegialidade, tão própria dos tribunais, dando-lhe amplitude, onde não há qualquer divergência. A ampliação neste caso só serve para postergar a paz social.

De acrescentar-se, ainda, que o art. 942 CPC alude à expressão “*resultado ...for não unânime*”. Isso significa dizer que o legislador se satisfaz com a mera divergência, pouco importando que ela tenha se dado apenas num capítulo da decisão ou mesmo ao redor de consectário legal, como é o caso dos honorários sucumbenciais³⁰ ou juros de mora. Havendo a

CPC/2015, sendo que o julgamento não se encerra até o pronunciamento pelo colegiado estendido, ou seja, inexistente a lavratura de acórdão parcial de mérito. 8. **Os novos julgadores convocados não ficam restritos aos capítulos ou pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, cabendo-lhes a apreciação da integralidade do recurso.** 9. O prosseguimento do julgamento com quórum ampliado em caso de divergência tem por objetivo a qualificação do debate, assegurando-se oportunidade para a análise aprofundada das teses jurídicas contrapostas e das questões fáticas controvertidas, com vistas a criar e manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. 10. Conforme expressamente autorizado pelo art. 942, § 2º, do CPC/2015, os julgadores que já tenham votado podem modificar o seu posicionamento. 11. Não cabe a esta Corte Superior reexaminar as premissas fáticas sobre as quais se fundamentou o Tribunal local, a fim de verificar se houve efetivamente divergência, haja vista o óbice da Súmula nº 7/STJ. 12. Recurso especial não provido. (REsp 1771815/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018)

³⁰ TJMG (acórdão, com voto vencido):

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - **DIVERGÊNCIA ENTRE JULGADORES DA TURMA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EXTENSÃO DE JULGAMENTO - NECESSIDADE** - CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM AÇÃO DE CONHECIMENTO - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE APLICÁVEL - PRECEDENTES VINCULANTES RE Nº 870947/SE (TEMA 810) E RESP. Nº 1495146/MG (TEMA 905) - OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA - MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, CPC - AFASTAMENTO - CONTROVÉRSIA JURÍDICA EXISTENTE AO TEMPO DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. **O art. 942 do Código de Processo Civil não comporta interpretação restritiva, devendo ser respeitada a determinação legal de julgamento ampliado da apelação sempre que, iniciado o julgamento pela Turma Julgadora primeva, verificar-se a existência de resultado não unânime sobre qualquer questão por ela apreciada. Os artigos 926 a 928 da Lei Federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil brasileiro) instituem e disciplinam o denominado "Sistema Jurisprudencial", cuja finalidade é buscar maior estabilidade, integridade e coerência na atividade judicante, seja no âmbito interno dos tribunais seja no âmbito de todo o Poder Judiciário pátrio unitariamente considerado.** ... V.V.: A divergência pontual em relação a honorários fixados em sede de 2º grau - e que não constitui objeto da lide - não enseja a aplicação da técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC/2015, sob pena de se ampliar indevidamente discussão que não foi trazida originalmente pelas partes. Os honorários advocatícios recursais, previstos no art. 85, § 11º, do CPC 2015, devem ser impostos somente nos casos de não conhecimento ou de improvemento do recurso. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.15.086439-5/001, Relator(a): Des.(a) Leite Praça, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/10/2018, publicação da súmula em 11/10/2018)

divergência e nos limites dela, inclusive no âmbito da admissibilidade do recurso³¹, amplia-se o colegiado. Tivesse o legislador usado alguma outra expressão limitativa, aí sim seria viável restringir-se. Mas não foi o que ocorreu, como visto.

Outro ponto relevante é que atrai a aplicação da interpretação teleológica, diz respeito às matérias conhecíveis de ofício.

É verdade, conforme já salientado linhas atrás, que é encaminhada ao órgão ampliado apenas a matéria divergente, pois nela que reside a justificativa para a ampliação.

Porém, há exceção: algumas matérias de natureza pública (por exemplo, aquelas enumeradas pelo art. 485 § 3º CPC³²), podem e devem ser examinadas de ofício pelo Judiciário, devendo assim também acontecer na fase de julgamento pelo órgão ampliado (art. 942 CPC), mesmo que sobre elas inexista divergência. Isso porque, enquanto não proclamado o resultado já no âmbito do colegiado ampliado³³, ainda não terá se encerrado o julgamento, sendo perfeitamente factível aplicar-se a regra geral de conhecimento *ex officio* das matérias de tal envergadura, permitindo-se que todos os julgadores, inclusive os que já votaram, sobre ela se manifestem.

A propósito, não se pode esquecer que os extintos embargos infringentes é que justificaram a criação do procedimento em tela.

³¹ Neste sentido STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/15. ART. 942, CAPUT, DO CPC. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME DE QUESTÃO PRELIMINAR. APELAÇÃO ADESIVA. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE.

...

5. O art. 942 do CPC não determina a ampliação do julgamento apenas em relação às questões de mérito.

6. Na apelação, a técnica de ampliação do colegiado deve ser aplicada a qualquer julgamento não unânime, incluindo as questões preliminares relativas ao juízo de admissibilidade do recurso.

7. ...

10. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO DAS APELAÇÕES, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA QUE SEJA CONVOCADA NOVA SESSÃO PARA PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO.

(REsp 1798705/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019)

³² **Art. 485 ... § 3º** O juiz conhecerá **de ofício** da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, **em qualquer tempo e grau de jurisdição**, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

³³ Lembrando que o julgador pode alterar seu voto – **art. 942 § 2º** - até a proclamação do resultado (**art. 941 § 1º CPC**).

Assim sendo, à luz de uma interpretação teleológica, nada mais escorreita e atenta à segurança jurídica do que a aplicação da exegese então existente sobre aquele recurso ao procedimento do art. 942.

Nessa linha, vale anotar que, de fato, o STJ vinha decidindo que “*é possível o conhecimento de questões de ordem pública em embargos infringentes, por força do efeito translativo (Precedente específico: REsp n. 304.629/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 16/3/2009).*” (AgRg no REsp 1289600/TO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 17/12/2014).

Cabe destacar que, em havendo alteração do julgamento anterior por força de efeito infringente atribuído aos embargos declaratórios e havendo divergência quando de tal modificação, deverá ser imposta a técnica de julgamento quanto à parte divergente posteriormente surgida. É que os embargos declaratórios consistem em recurso de integração, donde que se pode afirmar que a divergência nele ocorrida compõe o próprio julgamento da apelação. Aliás, tal raciocínio já prevalecia para efeito de cabimentos dos embargos infringentes, agora substituídos pela técnica julgamento em exame (por exemplo: Embargos de Divergência no REsp 512399 / PE, rela. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 01/03/2010).

5. O Procedimento: ampliação, participação dos advogados, julgamento final. Nulidade por inobservância e formas de insurgimento.

Havendo divergência e se necessário, serão convocados para futura sessão outros julgadores em número necessário para que haja inversão do julgamento (caput art. 942 CPC). No caso da ação rescisória, o prosseguimento terá que ser perante aquele colegiado com composição mais ampla, da maneira como prevista no regimento interno do tribunal.

Surgindo novos julgadores, assegurar-se-á o direito das partes e terceiros à sustentação oral direcionada àqueles (caput art. 942 NCPC).

É de destacar-se que, ainda que prosseguindo o julgamento na mesma sessão (§1º art. 942), reabrir-se-á oportunidade aos advogados para novas sustentações orais, as quais estarão limitadas, de regra geral, aos pontos divergentes expostos até então. Com efeito, não cumpre a norma o colegiado que veda o retorno do advogado à tribuna, após instaurada a divergência. Ora, se o propósito da técnica de julgamento é substituir os embargos infringentes, recurso que admitia nova sustentação oral agora sobre os temas divergentes, nada mais lógico que, numa

interpretação teleológica e sistemática, assim seja feito no sistema atual.

Aqui cabe acrescentar, a propósito da interpretação sistemática, que o novo código deu vida ao princípio do efetivo contraditório. Não se quer que a fundamentação da decisão judicial seja resultado apenas formal da participação dos sujeitos do processo. Quer-se mais: o magistrado deve colher os argumentos das partes, a fim de que, sobretudo num sistema em que não mais vigora com plenitude o duplo grau de jurisdição, ele leve à sua decisão revisora o efetivo enfrentamento sobre o que foi arguido. A importância dada pelo código à colegialidade dos tribunais de 2ª instância sugere que o magistrado da Corte seja curioso e queira, mais e mais, colher argumentos que possam, em tese, influenciar sua decisão.

Não por outra razão, agora é esmiuçado pelo legislador o princípio da não-surpresa (arts. 9 e 10 – arts. 932 par único e 933 CPC, estes últimos especificamente aos tribunais). Se há divergência entre os votantes originais, pode-se dizer que há fundamentos supervenientes e que se contrapõem, os quais serão valorados pelos julgadores novos, razão pela qual, à luz do efetivo contraditório e da não-surpresa, impõe-se facultar outra manifestação oral aos advogados. E frise-se: não há como se falar em ampla defesa e contraditório, se os advogados não têm acesso aos votos já proferidos e que serão o foco do debate, razão pela qual estes devem ser lidos ou disponibilizados, a tempo e modo, aos causídicos, antes ainda das novas sustentações orais.

Naturalmente que os que já votaram poderão rever seus votos, quando do prosseguimento do julgamento (§ 2º art. 942 e § 1º art. 941 CPC). Após a prolação dos votos dos novos julgadores, o Presidente anunciará o resultado do julgamento, conforme o posicionamento que for vitorioso (art. 941 CPC).

Por fim, se o tribunal, equivocadamente, deixar de impor a técnica de julgamento do art. 942 NCPC, haverá nulidade do acórdão respectivo. Isso porque o acórdão é o julgamento colegiado (art. 204 CPC³⁴), devendo tal deliberação conter a participação e assinatura (ainda que de forma eletrônica – art. 205 caput e § 2º CPC³⁵) de todos os magistrados (inclusive dos novos, no caso de ampliação pelo art. 942 CPC), sob pena de nulidade por inobservância do princípio constitucional do juiz

³⁴ **Art. 204.** Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

³⁵ **Art. 205.** Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes.

...

§ 2º A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei.

natural. Anote-se que a nulidade é insanável e inatingível pela preclusão, na medida em que compete ao presidente do órgão fracionado, de ofício, colher todos os votos (art. 941 caput CPC), inclusive o (s) vencido (s). E, saliente-se mais ainda, o julgamento definitivo e de forma incompleta está maculado pela incompetência absoluta (a competência, neste caso, **não** é prorrogável pelo silêncio da parte, eis que fixada em razão da matéria – art. 62 CPC³⁶), sendo que tal mácula é, a teor do art. 64 § 1º CPC³⁷, conhecível de ofício³⁸ enquanto em curso o processo, até porque atacável, de tão grave o vício, mesmo por ação rescisória pós trânsito em julgado (art. 966 II CPC³⁹).

Subsistindo a nulidade na 2ª instância, será cabível recurso especial por ofensa ao multicitado art. 942 CPC, devendo o STJ em circunstância desse jaez impor ao tribunal de origem a complementação do julgamento, o que poderá, naturalmente, levar a uma inversão do resultado originário.

O ideal, em casos tais, é que a matéria seja arguida, ainda no tribunal de origem, por embargos declaratórios, haja vista a manifesta nulidade,

³⁶ **Art. 62.** A competência determinada em razão da **matéria**, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes.

³⁷ **Art. 64...**

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada **em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício**.

³⁸ Neste sentido – STJ:

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO ACERCA DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INEXISTÊNCIA. DEMANDA PROPOSTA CONTRA O BANCO DO BRASIL. PORTARIA Nº 966/1947. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Embora não seja possível às instâncias ordinárias rever eventuais decisões prolatadas no âmbito desta Corte de superposição, não preclui para o STJ o exame de questão passível de necessário exame, de ofício, por esta Corte (usurpação, pelo próprio STJ, da competência da Justiça laboral).

2. **Com efeito, de acordo com a jurisprudência do STJ, estando em curso a lide, inexistente preclusão pro judicato para apreciação de competência absoluta. (REsp 1240091/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 02/02/2017)** 3. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ação proposta diretamente contra o ex-empregador, sem haver pretensão formulada contra entidade de previdência privada, na hipótese em que se postula o recebimento de complementação de aposentadoria, a ser paga pelo ex-empregador e fulcrada apenas em normas internas que integram o contrato de trabalho (Portaria nº 966/1947 do Banco do Brasil S/A).

(EREsp 1351280/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 01/02/2018) 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1410722/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018)

³⁹ **Art. 966.** A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

...

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo **absolutamente incompetente**;

mas, ainda que essa etapa não seja observada, revela-se perfeitamente viável o recurso especial interposto diretamente, porquanto a matéria é de ordem pública. É que, ao nosso aviso, o prequestionamento deixou de ser pressuposto para hipótese em que a matéria é de ordem pública, haja vista a opção do legislador em permitir o conhecimento desta, até mesmo de ofício, enquanto não se der o trânsito em julgado (art. 485 § 3º CPC).

6. Rápida Conclusão.

A técnica de julgamento contida no art. 942 do código processual atendeu ao reclamo da comunidade jurídica. Isso porque eliminou tempo e burocracia existentes à época em que vigorava o recurso de embargos infringentes, agora substituído por esta técnica, ao mesmo tempo em que manteve a salutar ampliação do debate nas hipóteses de divergência.

Para a compreensão sobre as hipóteses de cabimento, faz-se mister observar a clareza das opções do legislador, não sendo bem vindas, sob pena de veicularem insegurança jurídica, interpretações ampliativas ou que restrinjam a inequívoca dicção legal.

Há pontos, como é o caso da extensão da matéria encaminhada ao colegiado ampliado, em que se deve sim, por atenção ao espírito do legislador e ante a ausência de clareza da norma, observar o que vigorava na época em cabiam os embargos infringentes.

O que parece ser evidente é a necessidade de, inclusive nesta fase, implementar-se o efetivo contraditório e a não-surpresa, oportunizando-se a dialética ao máximo, notadamente no que se refere às alegações das partes, por meio de seus advogados.

Referências bibliográficas:

REALE, Miguel. ***Lições Preliminares de Direito***. 10 ed, pág. 275. São Paulo: Saraiva, 1983.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. ***Revista de Informação Legislativa***: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 177, n. 45, p.265-283, jan. 2008

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg

Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 177, n. 45, p.265-283, jan. 2008

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, pp. 99/101

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. In: A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. Revista de Processo. vol. 282. ano 43. p. 251-266. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018