

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil.**

Ariane Reis Ribeiro

**O cabimento de embargos infringentes em
remessa necessária em face das atuais
reformas do Processo Civil**

**Brasília – DF
2009**

Ariane Reis Ribeiro

**O cabimento de embargos infringentes em
remessa necessária em face das atuais
reformas do Processo Civil**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Orientador: Prof. Júlia Maurmann Ximenes.

Brasília – DF
2009

Ariane Reis Ribeiro

**O cabimento de embargos infringentes em
remessa necessária em face das atuais
reformas do Processo Civil**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO	6
1. EMBARGOS INFRINGENTES.....	8
1.1 Histórico.....	8
1.2 Conceito e hipóteses de incidência dos embargos infringentes.	11
1.3 Hipóteses de exceção ao cabimento	15
1.4 Prazo e esgotamento de instância	17
1.5 Procedimento e efeitos.....	18
2. REMESSA NECESSÁRIA	22
2.1 Remessa necessária e o princípio do duplo grau de jurisdição	22
2.2 Histórico.....	23
2.3 Nomen júris e natureza jurídica	24
2.4 Distinção entre remessa obrigatória e espécies recursais.....	25
2.5 Cabimento e objeto.....	26
2.5.1 Restrições e exceções ao cabimento.....	28
2.6 Procedimento.....	30
3.1 Princípio da efetividade.....	33
3.2 Garantia ao devido processo legal e o princípio da segurança jurídica ...	36
3.3 Forma de solução de eventual conflito entre o princípio da efetividade e do devido processo	39
4. DIVERGÊNCIA QUANTO AO CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTE EM REMESSA NECESSÁRIA.....	42
4.1 Divergência doutrinária	42
4.2 Dissídio Jurisprudencial	44
4.3 Decisão do STJ no julgamento do RESP 823.905.....	47
CONCLUSÃO.....	55

RESUMO

Há na doutrina e na jurisprudência brasileira controvérsia a respeito do cabimento ou não de embargos infringentes em reexame necessário. A finalidade do presente trabalho é analisar essa divergência à luz dos princípios constitucionais da efetividade e do devido processo legal, tomando como ponto de partida uma recente decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Utilizou-se como metodologia a análise crítica da doutrina e da jurisprudência, após vasta pesquisa bibliográfica. Após analisar minuciosamente o recurso de embargos infringentes e o instituto da remessa necessária, procedeu-se o confronto dos princípios da efetividade e do devido processo legal chegando-se a conclusão de que, nesse caso, o princípio da efetividade não é argumento válido para a negativa de cabimento do recurso e de que essa hipótese está expressamente prevista na legislação pertinente.

Palavras – chave: Embargos Infringentes. Cabimento. Remessa Necessária. Princípio da Efetividade. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

There is the a controversy brazilian doctrine and jurisprudence controversy regarding the incidence of embargoes of infringing on review necessary. The purpose of this study is to analyze these differences under the constitutional principles of the effectiveness and the due process, taking as a starting point a recent decision of the Court's Special Superior Court of Justice. The Methodology used the critical analysis of the doctrine and law cases, after extensive literature search. After thoroughly examining the use of embargoes and infringing and the review necessary, as a comparisation to the effectiveness and the principles of due process the conclusion reached is that, in this case, the principle of effectiveness is not a valid argument for the negative of the appeal and that this possibility is expressly provided in our legislation.

Words - key: Embargoes infringing. Place. Referral Needed. Principle of Effectiveness. Due process.

INTRODUÇÃO

A possibilidade ou não de cabimento de embargos infringentes de acórdão não unânime em remessa necessária é objeto de grande divergência doutrinária e jurisprudencial, podendo ser vislumbrada, inclusive, entre turmas do mesmo Tribunal.

Tentando por fim nessa celeuma jurídica, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 823.095, publicado no DOJ de 30.03.2009, asseverou que a remessa necessária não é recurso, e que a atual reforma no processo civil traz como principal norte o princípio da efetividade que e visa agilizar a prestação jurisdicional, não se admitindo que da remessa necessária caibam embargos infringentes.

Diante desse cenário surgiu o seguinte questionamento: seria o princípio da efetividade argumento válido para fundamentar a negativa de cabimento de embargos infringentes em remessa necessária, e ainda, nesse caso, as hipóteses de cabimento estariam restritas a decisões proferidas em recurso ou ação rescisória?

A importância do tema se verifica pela constatação de que solução apresentada pelo STJ não se coaduna com o entendimento majoritário da doutrina, que entende ser cabível os embargos infringentes em remessa necessária, nem ainda com o posicionamento predominante naquela corte especial, onde as 1ª, 2ª e 6ª turma acolham os infringentes no caso em análise.

A Lei 10.352/2001, que restringiu ao âmbito de cabimento dos embargos infringentes e as hipóteses de reexame obrigatório, remodelando –os, de forma que se faz necessário um estudo pormenorizado de seus atuais conceitos.

O propósito do presente estudo é apreciar os institutos da remessa necessária e dos embargos infringentes, os princípios da efetividade e da segurança jurídica, e ainda o dissídio doutrinário e jurisprudencial que deram azo a esta decisão STJ, de modo a verificar se os argumentos da referida decisão, especialmente o princípio da efetividade, são válidos para fundamentar a negativa de cabimento de um recurso.

A formulação da idéia central da presente monografia está fundada em vasta pesquisa bibliográfica, utilizando-se textos de autores das diversas áreas do direito, tais como o processo civil, processo penal, constitucional, e civil. Procedeu-se a análise jurisprudencial dos principais tribunais de justiça, observando, inclusive, seus regimentos internos. Todavia, por questões de economia e fluidez do texto a maioria das transcrições trazem dos julgados do STJ.

As obras consultadas foram analisadas de forma interpretativa e crítica. O método de abordagem aplicado foi dedutivo, fundamentando as constatações feitas frente ao atual ordenamento jurídico e à jurisprudência.

Os capítulos 1, 2 e 3 tratam respectivamente, dos embargos infringentes, da remessa necessária e dos princípios informadores das reformas do processo civil, que por serem apreciados de forma isolada facilitam a análise pormenorizada de cada um deles, com seus conceitos, peculiaridades e eventuais exceções.

O capítulo 4, trata da divergência doutrinária e jurisprudencial em torno do cabimento de recurso contra acórdão não unânime quando proferido em sede de remessa necessária, apresentando as razões da decisão proferida pela Corte Especial do STJ no julgamento do REsp 823.095 e apontadas, com base na doutrina e na própria jurisprudência, críticas aos fundamentos ali aduzidos.

O estudo, além do cunho científico, possui comprometimento, social, uma vez que se propõe em contribuir para a construção de um Poder Judiciário mais justo e que sobretudo, seja capaz de dirimir os conflitos da sociedade atual, mostrando que o processualista deve se desprender da postura puramente técnica e operacionalizar o processo de modo que se destine à concretização dos valores sociais previstos na nossa Lei Maior.

1. EMBARGOS INFRINGENTES

1.1 Histórico

O ordenamento jurídico brasileiro é o único a atualmente prever o recurso de embargos infringentes, que tem como objetivo fazer prevalecer o voto vencido em julgamento não unânime, no tribunal em que foi proferido.

Todavia, a origem dos embargos infringentes remonta ao direito português. Isso porque a Assembléia Nacional Constituinte de 1823 aprovou disposição no sentido de que o Brasil, mesmo após ter declarado sua independência, permaneceria submetido às leis portuguesas, nas quais, em matéria processual, preponderavam as Ordenações Filipinas.

É a lição do professor Bernardo Pimentel:

Não há notícia do recurso de embargos infringentes no direito romano, nem em outros ordenamentos jurídicos do passado e do presente, salvo no antigo direito português, verdadeiro berço do instituto. Por influência do direito lusitano, o recurso foi incorporado pela legislação brasileira. Hoje os embargos infringentes subsistem apenas no direito pátrio, porquanto há muito foram eliminados da legislação processual lusitana.(2008, p.568)

A partir da Constituição do Império, que data de 1824, o Brasil começa a criar regras próprias de direito processual civil, ampliando o direito de recorrer de forma a garanti-lo ilimitadamente, a exemplo das Assembléias Francesas que após a Revolução de 1789 garantiram de forma expressa e irrestrita o princípio do duplo grau de jurisdição.

Insta ressaltar que a legislação ordinária que pela primeira vez regulamentou o processo civil foi o Código de Processo Criminal de 1832, apontando como instrumento apto a impugnar sentença definitiva ou com força de definitiva a apelação.

Posteriormente, em 1850, foi realizada a primeira reforma de direito processual com a aprovação do Código Comercial Brasileiro, de onde se inferia que as causas cíveis seriam julgadas conforme as regras das Ordenações (Filipinas, Afonsinas e Manuelinas) e as comerciais, deveriam ser regulamentadas em lei própria.

Após um longo período sem regulamentação una, em que apenas leis esparsas tratavam de processo civil, veio a Constituição Brasileira de 1934, estabelecendo a competência legislativa em matéria processual para a União, levando ao surgimento do Código de Processo Civil unificado em 1939.

Sobre os recursos elencados em nosso primeiro CPC, Moarcir Amaral Santos dava a seguinte lição:

Os embargos no regime do Código de Processo Civil de 1939 podiam ser distribuídos por quatro grupos, a saber: I – embargos infringentes às sentenças nas causas de alçada; II – embargos infringentes a acórdãos em grau de apelação ou em ação rescisória; III – embargos a acórdãos do Supremo Tribunal, os quais se distinguem conforme fossem opostos a) a acórdãos nas causas de sua competência originária; b) a acórdão de Turma que, em recurso extraordinária ou agravo de instrumento, divergisse de julgado de outra Turma ou do Plenário, na interpretação do direito federal; c) a acórdão que julgasse a ação rescisória ou que julgasse a representação de inconstitucionalidade, nesse caso se houvesse três ou mais votos divergentes; IV - embargos declaratórios. (1995, p.139)

O artigo 808 do referido diploma legal mencionava, no inciso II, “os embargos de nulidade ou infringentes do julgado”. Por sua vez o art. 833 do CPC de 1939 disciplinava os embargos infringentes, nos seguintes termos:

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

Importante salientar que o artigo supra-mencionado foi alterado pelo Decreto 8.570 de 08.01.1946, para superar a forte polêmica surgida pelo anterior uso da preposição “ou” - “embargos de nulidade ou infringentes do julgado”, passando a ser redigido da seguinte forma: “embargos de nulidade e infringentes”.

É que antes da mencionada alteração havia quem defendesse a existência de dois recursos distintos, os infringentes e os de nulidade, e quem defendia a utilização do critério da dupla conformidade para verificar o cabimento dos embargos. Era necessário que, além de não unânime, o acórdão tivesse reformado a sentença de primeira instância.

Veio então o Código de 1973, que manteve a previsão dos referidos embargos, suprimindo o termo “nulidade” passando a ser chamado apenas de embargos infringentes, retirando a necessidade de dupla conformidade para oposição dos infringentes.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha ensinam que:

Diferentemente do que sucedia no CPC/39, a apelação cabe, no CPC/73, contra qualquer sentença que tenha ou não sido apreciado o mérito da causa (CPC art. 513). Desse modo, não é relevante para a versão originária do atual diploma processual, a circunstância de ter havido extinção do processo com ou sem julgamento do mérito. Em ambos os casos, há uma sentença, a ser impugnada por apelação. Sendo julgada tal apelação por maioria de votos, caberiam os embargos infringentes, na redação originária do já citado art. 530 (2007, p. 189).

Sobreveio, então, a Lei 10.352/2001, que implementou diversas e significativas modificações no Código de Processo Civil em vigor, restringindo ainda mais o cabimento dos embargos infringentes. É o teor do art. 530 do CPC:

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

Essas restrições são também frutos das divergências quanto a manutenção ou não no ordenamento jurídico pátrio dos embargos a acórdão não unânime. Alfredo Buzaid (2009, p. 522) desprezou os embargos infringente ao elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, sob o argumento de que a existência de um voto vencido não bastaria para justificar a criação de um recurso.

Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 110), por seu turno, afirma que as razões que levaram o legislador a restringir o cabimento dos embargos infringentes foi permitir que estes se tornassem um verdadeiro recurso desempatador, uma vez que, em sede de apelação, a decisão que reforma, por maioria, sentença de mérito, somando-se o voto do juiz que proferiu a sentença reformada ao que proferiu o voto vencido no julgamento da apelação, concluiríamos que dois magistrados teriam se manifestado, no mérito, em um sentido, enquanto os outros dois, que proferiram os votos vencedores na apelação, terão se manifestado em sentido contrário.

Prevaleceu, entretanto, a posição de Barbosa Moreira que defendia a manutenção do citado recurso, mas com restrições, pois julgava ser válido a abertura de nova oportunidade para revisar matéria julgada pelo tribunal quando não houvesse unanimidade, visto a possibilidade de se corrigir eventuais decisões errôneas. Ficou assim a atual redação do Art. 530:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. ([Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001](#))

1.2 Conceito e hipóteses de incidência dos embargos infringentes.

Antes de tratar do conceito do recurso em análise, insta salientar que não se está versando no presente caso dos embargos infringentes de alçada, que estão previstos no art. 34 da Lei 6.830, restringindo-se a identidade apenas ao *nomen iuris* utilizado pelo legislador. Tais embargos são cabíveis apenas contra sentença proferida em processo de execução fiscal, e são inteiramente regidos pela citada lei.

Já os embargos infringentes previstos no art. 530 do CPC, objeto do presente estudo, tratam-se de recurso cabível contra acórdão não unânime proferido em grau de apelação que reformou sentença de mérito ou da que julgou procedente a ação rescisória.

Entende-se por acórdão não unânime aquele em que há divergência entre a decisão dos membros do Tribunal, sendo irrelevante se a divergência foi isolada ou não, bastando que haja apenas um voto vencido para estar configurado o requisito.

Todavia, a matéria do recurso deve ficar adstrita à divergência do julgamento que deve vir expressa na conclusão do julgamento, e não na fundamentação do voto.

Essa observação é importante porque mesmo havendo julgamento por unanimidade, se cada membro do Tribunal fundamentou em motivo diferente não será cabível o embargo para ver prevalecer uma ou outra fundamentação. O que deve prevalecer é o voto contrário ou favorável.

Também é necessário observar que a inconformidade, ou seja, as razões do recurso, deverá ficar restritas ao objeto da divergência. É o que preceitua a parte final do atual art. 530 do Código de Processo Civil: “se o desacordo for parcial os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Tal observação não implica necessariamente que o objeto da divergência deva se vincular à fundamentação do voto divergente. O embargante pode argüir fundamento novo, desde que relacionado à conclusão do voto dissidente e à causa de pedir apresentada na ação.

Essa regra encontra como exceção a hipótese da divergência da motivação ser capaz de trazer algum benefício prático ao recorrente, como no exemplo trazido pelo professor Bernardo Pimentel:

Um exemplo pode facilitar a compreensão do assunto: o autor, menor absolutamente incapaz, representado pela mãe, ajuizou ação de alimentos contra o pai e pediu a condenação do réu a pagar pensão mensal no montante de R\$ 2.000,00. Citado, o pai contestou o valor, tendo em vista a sua precária situação econômica. O juiz de primeiro grau proferiu sentença de parcial procedência e condenou o réu a pagar pensão alimentícia de R\$ 300,00. Inconformado, apenas o autor apelou e reiterou o pedido da inicial: R\$ 2.000,00. A apelação foi recebida e processada. Quando do julgamento no tribunal, o relator e o revisor deram parcial provimento ao recurso, consideraram o pedido de alimentos procedente em parte e fixaram a verba mensal em R\$ 1.000,00. O vogal também deu parcial provimento ao apelo, mas fixou a pensão alimentícia em R\$ 600,00. Colhidos os votos, o presidente do colegiado anunciou o resultado do julgamento: a apelação foi conhecida por unanimidade, mas provida apenas em parte, com a reforma da sentença no particular, condenando-se o apelado a pagar pensão mensal de R\$ 1.000,00, vencido em parte o vogal, cujo voto foi pelo provimento em menor extensão: R\$ 600,00. Diante do quadro, é possível concluir que a divergência reside apenas nos R\$ 400,00 que separam a conclusão do voto divergente do dispositivo do acórdão: R\$ 1.000,00. Com esteio no dissídio parcial, o réu-apelado pode interpor embargos infringentes e requerer a adoção da conclusão do voto divergente (R\$ 600,00), em vez da conclusão extraída à luz dos votos que formaram a maioria (R\$ 1.000,00). Apesar de o voto do vogal não ser oposto ao dos demais votantes, ele é diferente, o que basta para a admissão dos embargos infringentes. Todavia, o recurso fica *limitado à extensão do dissenso*, conforme revela o artigo 530, especialmente a parte final do preceito: “*Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência*”. Sem dúvida, os infringentes são cabíveis, mas apenas na extensão do dissídio: os R\$ 400,00 que separam o voto do vogal (R\$ 600,00) do dispositivo do acórdão (R\$ 1.000,00). Portanto, de nada adianta o réu-apelado requerer a subsistência da pensão alimentícia fixada pelo juiz de primeiro grau (R\$ 200,00), já que houve unanimidade no tribunal de apelação pelo menos em relação ao montante de R\$ 600,00. Os embargos são cabíveis apenas quanto aos R\$ 400,00 que separam a divergência da maioria, o que os infringentes só podem ser julgados no particular, já que incabíveis em relação à parcela do acórdão tomada por unanimidade. (2008, p. 571 e 572)

Também não há a exigência de que um voto seja exatamente o oposto ao voto da maioria, bastando apenas que haja divergência entre o que foi decidido para que caiba o recurso.

Dessa forma, caso não seja possível constatar o teor do voto dissidente no julgamento não unânime, faz-se necessária a interposição de embargos de declaração para que a omissão seja suprida.

Outro requisito necessário para que se conheçam os embargos infringentes é o que o acórdão tenha ter reformado sentença de mérito, sendo restrito o seu cabimento ao recurso de apelação e à ação rescisória, julgadas com fundamento em uma das hipóteses do art. 269 do CPC, e não simplesmente em matéria processual.

Nesse ponto mais uma vez o professor Bernardo Pimentel aduz com clareza:

Com efeito, se o juiz de primeiro grau proferiu sentença terminativa, tudo indica que não cabem embargos, ainda que o tribunal de apelação julgue o *meritum causae*, como pode ocorrer na hipótese excepcional do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil 795. Com efeito, diante da clareza do artigo 530 do Código vigente (“sentença de mérito”), não há lugar para o recurso de embargos em caso de prolação de sentença terminativa na origem. (2008, p.579)

Todavia, o STJ tem entendimento diverso, acolhendo os embargos infringentes ainda que o acórdão tenha sido proferido contra sentença terminativa:

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça firmou outro entendimento: “Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, em especial com o § 3º do art. 515, admitindo-se os embargos infringentes opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação” (SOUZA, 2008, p. 579).

Concorda com o entendimento do STJ o professor Fredie Didier, leia-se:

Na verdade, apreço que seria mais apropriada a redação do dispositivo se, em vez de aludir a sentença de mérito reformada por maioria dos votos, utilizasse a expressão: quando a sentença for reformada por acórdão que apreciar o mérito por maioria de votos. Isso porque não se atenderá ao espírito da reforma, se se considerar uma dicção literal do dispositivo. É que a sentença de mérito pode ser reformada por um acórdão terminativo, que extingue o processo sem julgamento de mérito, por haver, por exemplo, ilegitimidade da parte. Nesse caso, poderá ser renovada a demanda, não se permitindo a interposição dos embargos infringentes (2007, p. 192).

E prossegue o nobre jurista, trazendo as hipóteses em que o acórdão reforma sentença terminativa e prossegue no exame do mérito, julgando a causa:

No caso ora aventado, o espírito da norma estará sendo atendido, exatamente porque o acórdão do tribunal que, afastando a extinção prematura do feito, prosseguir no exame da lide, constituirá a primeira decisão de mérito. E, vindo a ser proferida por maioria de votos, há um dissenso acerca do tema, devendo, em nome da segurança jurídica, haver, pelo menos, uma confirmação no âmbito da jurisdição ordinária (DIDIER, 2007, p. 192)

Tem-se, portanto, que a exigibilidade de acórdão que reforma sentença de mérito para o cabimento do recurso sob exame se dá pela necessidade de conformação do caso concreto ao princípio da segurança jurídica, não deixando o legitimado recursal inconformado com a decisão sem que tenha direito a uma nova análise da decisão contra a qual se insurgiu.

Logo, não resta espaço para o cabimento do recurso na hipótese de julgamento sem mérito uma vez que é desnecessária a confirmação em sede de embargos infringentes de caso em que não estão preenchidos os requisitos processuais básicos para o regular seguimento do processo.

Outra questão importante que deve ser analisada é se incidem ou não ou embargos infringente de acórdão em que foi proferido voto médio. Configura a hipótese por ocasião da votação em que nenhum dos julgadores profere voto igual ao outro, e a conclusão do acórdão se dá pela média dos votos.

Nesse sentido, ensina Barbosa Moreira:

Adotada a solução intermediária, ante a impossibilidade de conciliação, o acórdão é embargável assim pelo autor, como pelo réu (...) a utilização do mesmo critério especial de apuração do resultado é a melhor prova de que subsistiu, até o fim, o dissídio (2006, p. 531).

Caso emblemático foi o ocorrido no Embargos de declaração em REsp. De nº. 219.064/RJ, relator. Min. Aldir Passarinho Jr., publicado no DJ de 11.06.2001, em que cinco ministros votaram e não se chegou a maioria, tendo concedido valores a títulos de danos morais de R\$1.500, R\$500, R\$500, R\$750 e R\$ 100.

Vejamos o voto do relator:

Discute a embargante qual seria o "voto-médio" a prevalecer no acórdão, argumentando que se dois julgadores determinaram indenização de 500 salários mínimos, um a fixou em 1.500, outro em 750 e o último em 100, o valor daí resultante seria a média desses quantitativos, portanto 670 (seiscentos e setenta) salários mínimos e não os 500 (quinhentos) arbitrados. Não tem razão a recorrente. O acórdão se faz pelo voto-médio, que no caso foram dois (o do relator e o do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), prevalecendo sobre os demais, todos isolados. Não se trata de valor-médio. Aliás, a prevalecer o entendimento da autora, ter-se-ia um valor que não corresponderia a quaisquer dos votos e o acórdão resultaria da derrota do ponto de vista de todos os integrantes da Turma, um contrasenso.

Dessa forma os embargos infringentes só serão cabíveis após o julgamento do tribunal de segunda instância de provimento da apelação interposta contra sentença de mérito ou de procedência da rescisória, mas apenas em relação ao dissenso ocorrido perante o órgão fracionário acerca de *outras questões*, conforme se infere do artigo 530 do Código de Processo Civil.

Do julgamento dos embargos de declaração que tenham sido interpostos contra apelação que julgou sentença de mérito ou em ação rescisória caberá embargos infringentes, devendo ainda estarem presentes os demais requisitos previstos no art. 530 do CPC.

Da mesma forma também poderão ser opostos os infringentes contra acórdão não unânime que julga agravo de retido, desde que haja correlação entre a matéria do agravo e dos embargos, consoante se infere do enunciado nº. 255 da súmula do STJ: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

No processo falimentar os infringentes serão admissíveis, com fundamento na súmula 88¹ do STJ.

1.3 Hipóteses de exceção ao cabimento

Não cabem embargos infringentes contra acórdão proferido em incidente de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos. É a dicção do enunciado n. 293 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “São inadmissíveis embargos

¹ Súmula 88 – STJ – São admissíveis embargos infringentes em processo falimentar.

infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais”.

Também não são cabíveis contra a questão constitucional solucionada no incidente, não podendo ser veiculada em embargos infringentes nem mesmo após o julgamento da apelação ou da ação rescisória. Ao tratar do assunto, aduz com perfeição a Súmula nº. 455 da Suprema Corte: “Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional”.

No mesmo sentido, não há o cabimento de embargos infringentes contra acórdão em reclamação, conforme se verifica do verbete n. 368 da súmula do Supremo Tribunal Federal: “Não há embargos infringentes no processo de reclamação”.

Já o não cabimento em sede de mandado de segurança é matéria pacificada nos tribunais, tanto na hipótese de o *write* originário dos tribunais quanto nos casos de recurso de apelação em mandado de segurança. A respeito foram editadas três súmulas, as de nº. 294² e 597³ do STF e nº. 196⁴ do STJ.

Ainda que não unânime, acórdão proferido em recurso inominado não enseja embargos infringentes. Tal negativa depreende-se que da sua própria redação que o artigo 530 do CPC revela que os embargos infringentes são admissíveis apenas em apelação e em ação rescisória, e são incompatíveis com os princípios processuais da simplicidade, oralidade e da economia, expressamente previstos para os procedimentos dos Juizados Especiais previstos no artigo 2º da Lei n. 9.099, de 1995.

Por ser o objeto de estudo deste trabalho, será oportunamente tratada a hipótese de incidência no caso de acórdão que julga remessa necessária, bastando por ora, registrar que existem duas correntes opostas, uma pelo cabimento e outra afirmando não ser possível.

² Súmula 294 – STF – São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança.

³ Súmula 597 – STF – Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação.

⁴ Súmula 169 – STJ – São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

1.4 Prazo e esgotamento de instância

É de 15 dias o prazo para a interposição dos embargos infringentes, conforme se depreende da leitura do art. 508 do CPC, não restando qualquer dúvida quanto a esse prazo.

Todavia podem surgir problemas que merecem ser abordados, como por exemplo, no caso do julgado conter parte unânime e parte não unânime. A dúvida, nesse ponto, diz respeito ao esgotamento das instâncias ordinárias como requisito para a interposição de recurso nos tribunais superiores.

Havia dúvida quanto a necessidade de interposição de recurso especial ou extraordinário concomitante ao ajuizamento do embargo infringente ou se seria necessário aguardar o julgamento dos referidos embargos para que se reputasse julgada a causa em última instância, cumprindo o requisito previsto no art. 102, inciso III, e 105, inciso III, todos da Constituição Federal.

A nova redação do art. 498 do Código de Processo Civil, determinada pela lei 10.352/2001, pôs fim à larga divergência doutrinária e jurisprudência criada em torno do tema, determinando:

Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria dos votos.

É necessário, portanto, quando reformada a sentença por maioria de votos, ainda que parte do julgado tenha sido unânime, a interposição de embargos infringentes para se esgotar a instância ordinária, exceto se a decisão tiver sido proferida em sede de mandado de segurança, conforme comentamos anteriormente⁵.

⁵ Nesse sentido: PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CASO DE EMERGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE

Nesse caso, o prazo para a interposição de recurso especial e do extraordinário da parte unânime do julgado ficará sobrestado até a decisão dos infringentes.

1.5 Procedimento e efeitos

Os embargos infringentes seguem a regra do art. 499 do CPC que confere legitimidade ampla a qualquer das partes no processo julgado pelo acórdão objeto da divergência ou seja, ao apelante e apelado no recurso de apelação e autor e réu na ação rescisória.

Todavia, renomada doutrina diverge desse entendimento, conforme ensina o professor Cândido Rangel Dinamarco, vejamos:

Na sistemática do novo art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/01, que adotou o critério da dupla sucumbência, 'contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos (2003, p. 197).

Optamos pelo primeiro entendimento tendo em vista que atualmente são cabíveis, inclusive, embargos infringentes na forma adesiva, caso haja sucumbência recíproca, conforme preceitua o art. 500, III, do Código de Processo Civil.

Superada a questão da legitimidade, o recurso deve ser interposto no prazo de 15 dias, conforme supraexplicitado, abrindo-se, em seguida, mesmo prazo para o oferecimento de contra-razões como observância do direito fundamental ao contraditório previsto no art. 5º da Constituição Federal.

RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7. 1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública que vise aplicar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. 2. A ação civil pública é meio processual adequado para buscar a responsabilização do agente público nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, sendo também possível a cumulação de pedidos. **3. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos infringentes é intempestivo.** 4. Em sede de recurso especial é inadmissível o reexame da matéria fática dos autos para identificar a existência ou não de situação emergencial que justifique a contratação de pessoal sem concurso público, com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93. 5. Recurso especial do Parquet não conhecido e recurso especial de Nei Eduardo Serra conhecido em parte e não provido. (REsp 944.295/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 18/09/2007 p. 291).

Ressalte-se que a própria secretaria abrirá prazo para contra-razões, sem necessidade de qualquer manifestação do relator.

O juízo de admissibilidade deverá ser exercido após o recebimento das contra-razões. Tal cuidado deverá ser observado por questões de celeridade processual, visando facultar ao julgador a análise das razões do embargado que poderá arguir eventual inexistência de pressuposto de admissibilidade do recurso, questão que poderia passar despercebido ao relator.

Todavia, caso seja manifesta a ausência dos pressupostos essenciais para o seguimento dos embargos o relator poderá indeferi-lo liminarmente.

O indeferimento liminar pelo relator só poderá ser efetuado se fundar-se em questões meramente materiais, uma vez que não é permitido ao relator adentrar isoladamente ao mérito do recurso, ainda que a decisão tenha sido em patente violação à súmula dos Tribunais Superiores.

Da decisão que não admitir os embargos caberá agravo no prazo de 05 (cinco) dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso (art. 532, CPC).

Anote-se que os embargos não podem ser interpostos na forma oral ou por cota, devendo ser apresentado em petição fundamentada e subscrita por advogado. Recebidos os embargos estes serão processados na forma que dispuser o regimento interno do Tribunal, devendo ainda ser previamente recolhidas as custas e anexadas à petição.

Os embargos infringentes terão os mesmos efeitos da decisão contra a qual se insurge o recorrente, podendo ter efeito suspensivo e devolutivo se assim conferidos à apelação e sempre terá o duplo efeito se interposto contra acórdão que julgar ação rescisória.

A devolutividade dos embargos é restrito a matéria objeto da divergência. Todavia, será possível ao embargante arguir matéria de ordem pública, que, por não ser passível de preclusão, poderá ser apreciada a qualquer tempo ocorrendo o chamado efeito translativo do recurso.

Nesse passo, os embargos infringentes terão sempre efeito obstativo de produção da coisa julgada e da preclusão, conforme determina os arts. 301, §3º e 467 do CPC.

Também haverá casos em que os embargos infringentes produzirão verdadeiro efeito regressivo, quando o mesmo órgão que proferir o acórdão for legitimado a julgar os embargos infringentes. No particular merece registro a explicação de Bernardo Pimentel:

Na eventualidade de coincidência entre o órgão coletivo julgador dos embargos infringentes e o colegiado prolator do acórdão embargado, o recurso produz *efeito de retratação*, ou seja, *efeito regressivo*, já que *não* há a transferência da matéria impugnada a um órgão **ad quem**, mas, sim, o retorno da matéria ao mesmo colegiado que proferiu o aresto embargado. É o que ocorre com os embargos infringentes interpostos no Supremo Tribunal Federal, pois é o próprio Plenário que julga os embargos infringentes, após ter julgado a ação rescisória, nos termos do artigo 6º, inciso I, alínea “c”, e inciso IV, do Regimento Interno de 1980. Do mesmo modo, à luz do artigo 12, inciso II, e do parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a Seção que julgou a ação rescisória também decide os respectivos embargos infringentes. Já o artigo 11, inciso XIV, do mesmo estatuto indica que compete à Corte Especial julgar “os embargos infringentes de acórdãos proferidos em ações rescisórias de seus próprios julgados” (2008, p. 607).

Anote-se a determinação emanada do eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em voto proferido no AgRG no Agravo de Instrumento nº. 466.571 – RJ:

“É certo que, normalmente, os embargos infringentes são julgados por um órgão situado em patamar superior ao daquele que proferiu a decisão embargada. Entretanto, a coincidência de tais órgãos na estrutura do Tribunal não pode ser fundamento para se afastar o cabimento do recurso que, nessa hipótese, dá ensejo à retratação, já que ausente, a rigor, o efeito devolutivo”.

Por fim, importante salientar a diferença existente entre os embargos de divergência e os embargos infringentes. Os embargos de divergência são cabíveis contra acórdãos unânimes ou proferidos por maioria em julgamento de recursos extraordinário e especial. Já os embargos infringentes são cabíveis apenas contra acórdãos não unânimes prolatados em julgamento de apelação e de ação rescisória, não tendo como alvo arestos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial.

Os embargos de divergência têm cabimento exclusivo no julgamento do recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça e no recurso extraordinário, cujo julgamento compete ao Supremo Tribunal Federal, lembrando que estes têm previsão constitucional.

Já os embargos infringentes não são recursos restritos aos tribunais superiores, podendo ser interpostos nos tribunais de segunda instância seja estadual ou federal, contra acórdão que reformou sentença de mérito ou ação rescisória. Já nas cortes superiores os embargos infringentes ficam restritos ao julgamento proferido por maioria de votos em ação rescisória.

2. REMESSA NECESSÁRIA

2.1 Remessa necessária e o princípio do duplo grau de jurisdição

Ainda que a Constituição Federal de 1988 não traga de forma expressa o princípio do duplo grau de jurisdição, a doutrina majoritária o considera um princípio constitucional, tendo em vista que ele pode ser inferido do termo “recurso” constante do inciso LV, art. 5º da Lei Magna. Este termo deve ser lido de forma ampla, podendo dizer que ele se refere à garantia de reexame das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

No entanto, há forte corrente doutrinária que não considera o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, alguns com a ressalva de que quanto ao processo penal ele seria um princípio constitucional, por força do §2º, do art. 5º da CF, que determina a adoção em nosso ordenamento jurídico dos tratados internacionais, *in casu*, o Pacto de San José da Costa Rica.

Do princípio do duplo grau de jurisdição infere-se que qualquer ato decisório do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, com fito de evitar ou reparar os eventuais erros ou falhas que são inerentes aos julgamentos humanos, bem como em atenção ao sentimento de inconformismo das partes contra julgamento singular.

O princípio do duplo grau de jurisdição visa assegurar ao litigante vencido, total ou parcialmente, o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional por órgão julgador de instância superior ao primeiro, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, previstos em lei.

Contudo, a garantia do duplo grau de jurisdição tem limitações impostas pela própria Constituição Federal, como nos casos de ações originárias de tribunais superiores, e das proferidas no Juizados Especiais.

Há também casos em que o duplo grau será obrigatório, conforme previsto no art. 475 do Código de Processo Civil, hipóteses essas que serão pormenorizadamente estudadas neste capítulo.

2.2 Histórico

Outrora chamado de apelação de ofício, o instituto da remessa obrigatória tem sua origem no direito Lusitano, precisamente em 12 de março de 1355, e tinha aplicação restrita a questões penais, com finalidade de conter eventuais excessos por parte dos julgadores.

No Brasil o instituto teve seu nascimento com a Lei n. 04 de 1.831 que em seu art. 90, impunha ao juiz a obrigação de apelar nas causas em que houvesse vencida a Fazenda Pública – era a chamada “apelação *ex officio*”. Tempos depois essa imposição foi introduzida para as causas que tratassem de casamento, que até então era matéria de interesse público.

Seguindo esse entendimento o Código de Processo Civil de 1939 positivou o duplo grau obrigatório, sendo posteriormente ratificada pelo Código de 1973, trazida em seu art. 475 com a seguinte redação:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – que anular o casamento;

II – proferida contra União, o Estado e o Município;

III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, n. VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos nesse artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

Todavia, o instituto em análise não ficou de fora das atuais ondas reformistas, tendo seu âmbito de incidência reduzido pela Lei 10.352/ 2001 que modificou o inciso I do citado artigo, retirando as ações de anulação de casamento como hipótese de reexame obrigatório (JUNIOR, 2003, p. 813).

Ficou assim a atual redação do art. 475 do CPC:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

§1º Nos casos previstos nesse artigo o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou de tribunal superior competente.

A remessa necessária, portanto, voltou a ter feições similares às originárias, incidindo especificamente nas causas que tenha interesse a Fazenda Pública.

2.3 *Nomen júrís* e natureza jurídica

Várias expressões já foram utilizadas pelos legisladores, pela doutrina e jurisprudências buscando demonstrar o modo com a “remessa obrigatória” se insere imperativamente no mundo jurídico.

A expressão “apelação *ex officio*” largamente utilizada pela legislação anterior ao Código de 1973 foi duramente criticada por se reputar inerente ao recurso de apelação o requisito da voluntariedade. É o posicionamento de Antônio Marcato:

Não se admite a idéia de um recurso *ex officio*, como se o magistrado que prolatou a sentença de mérito necessitasse dela recorrer naquelas hipóteses previstas nos incisos. Nunca é demais lembrar um argumento para que afastemos a incorreta idéia de recurso de ofício: os recursos são voluntários, não constituindo uma obrigação às partes, mesmo para aquela que tenha sucumbido (que apenas detém ônus de recorrer e não uma obrigação de recorrer), ou seja, que tenha recebido no conteúdo da sentença de mérito decisão que se encontre aquém da sua expectativa. (2004, p. 1.446)

Já as denominações “remessa necessária” e “duplo grau de jurisdição”, trazidas pelo próprio art. 475 do CPC, devem prevalecer por traduzirem com maior fidelidade a real essência do instituto em apreço, verificada pela simples leitura do *nomen jûris* do que se trata o instituto em apreço.

Superado o problema da denominação, passa-se ao estudo da natureza jurídica da remessa necessária. Esta tem como finalidade dar eficácia à sentença prolatada contra a Fazenda Pública, que mesmo sendo existente e válida só produzirá efeitos depois de confirmada em segundo grau.

Desta feita, a obrigatoriedade de devolver ao tribunal de segunda instância o conhecimento da matéria ventilada na sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública não tem o condão de conferir ao instituo em apreço o *status* de recurso.

Tanto é assim que o CPC atual retirou a remessa necessária da parte que tratava dos recursos colocando-o no capítulo referente ao cumprimento da sentença.

2.4 Distinção entre remessa obrigatória e espécies recursais

É majoritário o posicionamento da doutrina e jurisprudência no sentido da não qualificação da remessa necessária como recurso. Todavia essa divergência se dá pelas semelhanças apresentadas pelos dois institutos.

Note-se que a remessa necessária tem o mesmo procedimento do recurso de apelação, sendo-lhe conferida igualmente os efeitos devolutivos e suspensivos. Ainda, o acórdão proferido em remessa necessária substitui inteiramente a sentença de primeira instância, tal qual ocorre na apelação.

Todavia, além de não atender ao princípio da taxatividade, não estando previsto no rol do art. 496 do CPC, o reexame necessário não cumpre os requisitos da regularidade formal, que exige do recorrente a formulação de pedido de nova decisão e a fundamentação das razões de fato e de direito que legitimem sua pretensão; não está sujeito à prazo, uma vez que ao juiz não é estipulado prazo para remeter os autos ao Tribunal, bem como uma vez proferida a sentença o tribunal deverá requisitar os autos, podendo fazê-lo a qualquer tempo e tão logo tenha conhecimento da decisão; também não atende ao princípio da voluntariedade, pois

ao juiz não é dada a faculdade de remeter os autos à instância superior bem como não necessita de provocação espontânea de qualquer dos legitimados.

Outra questão importante que diferencia o recurso do reexame necessário é que este é verdadeira condição de eficácia da sentença que só transitará em julgado após a apreciação do tribunal, enquanto que os recursos não têm esse efeito obstativo. Decorrido o prazo para o recurso sem qualquer manifestação das partes, a sentença transitará em julgado, dela cabendo tão somente ação rescisória no prazo de 02 (dois) anos.

Em sentido contrário quem defende, e com bastante respaldo, a tese de que a remessa necessária tem natureza recursal, é o mestre Araken de Assis:

Àqueles que duvidarem do bom senso de alargar o conceito de recurso, relativizando sua voluntariedade, ousamos lembrar que , para os homens sensatos da época de Galileu, tementes a Deus e atentos à própria vida, o Sol girava em torno da terra. Põe-se excessivo destaque no caráter voluntário de todo o recurso, olvidando seu eventual regime compulsório. E até mesmo a voluntariedade surge no recurso ex officio. Constitui simples faculdade o recurso interposto pelo presidente do Tribunal contra 'decisões proferidas em dissídio coletivo'(art. 898 da CLT). Quer dizer essa hipótese excepcional, senão que há recurso ex officio obrigatórios e voluntários? (2001, p. 134).

Todavia, após cuidadosa análise de todos os requisitos acima apresentados não restam dúvidas que a remessa necessária não pode ser classificada como recurso, tratando-se na verdade de condição para a eficácia da sentença, sendo condição *sine qua non* para que transite em julgado a sentença proferida contra a Fazenda Pública (SOUZA, 2008, p. 264).

2.5 Cabimento e objeto

Sujeitam-se ao duplo grau obrigatório as sentenças proferidas contra a União, os Estados o Município e suas respectivas autarquias e fundações, conforme determina o inciso I do art. 475 do CPC.

Também não restam dúvidas quanto ao cabimento da remessa necessária em se tratando de sentença contrária ao interesse do Distrito Federal, a despeito do silêncio do legislador nesse ponto, uma vez que esta unidade da Federação detém todas as prerrogativas inerentes aos Estados e Municípios, devendo ser protegido tal como os demais entes.

O requisito necessário para que se proceda ao reexame necessário é que a sentença proferida em primeiro grau tenha sido contrária aos interesses da Fazenda Pública, independentemente desta ter figurado como autora ou ré na ação originária.

Necessário salientar que só será obrigatório o duplo grau de jurisdição se a sentença proferida tratar de questão de mérito. Em se tratando de sentença meramente processual não se faz necessária a remessa ao tribunal *ad quem*, salvo na hipótese de carência de ação na ação popular, que será melhor explicada adiante⁶.

Todavia, ainda que haja decisão de mérito, se esta tiver efeito meramente homologatório, nos termos do artigo 269, incisos I e II do CPC, não estará caracterizada como contrária aos interesses da Fazenda Pública, sendo desnecessário o seu reexame.

Ficam também excluídas da obrigatoriedade do duplo grau as decisões não definitivas, tais como liminares e cautelares que, ainda que tenham sido prolatadas em desfavor do poder público, podem ser executadas de imediato.

Outra hipótese de cabimento prevista no art. 475 é quanto à oposição de embargos à execução fiscal, ajuizada para satisfazer o crédito da Fazenda Pública, desde que tenha o pedido tenha sido acolhido total ou parcialmente.

Caso sejam julgados improcedentes os embargos, não haverá espaço para a remessa necessária, uma vez que é latente o favorecimento da Fazenda Pública.

⁶ Nesse sentido: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. REFORMA DE SENTENÇA DE MÉRITO. ART. 530 DO CPC. LEI 10.352/01. CABIMENTO. 1. A sentença que faz juízo sobre a legitimidade ou não do título executivo é sentença de mérito. Assim, contra o acórdão que a reforma em grau de apelação por votação majoritária, é cabível o recurso de embargos infringentes (CPC, art. 530). Precedente. 2. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 1058183/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 26/06/2008)

Nesse sentido é o voto proferido no procedimento de remessa necessária n. 81096/DF, de autoria da eminente Desembargadora Carmelita Brasil, julgado em 25/08/1997, determinando que “O reexame necessário é estabelecido a benefício das pessoas jurídicas de direito público. Inexistindo nocividade à Fazenda Pública, não se conhece da remessa oficial”.

A obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição não está prevista apenas no Código de Processo Civil, mas também na legislação extravagante. O Direito Administrativo, por exemplo, traz várias hipóteses de obrigatoriedade de reexame por tribunal hierarquicamente superior.

A Lei da Ação Popular, nº. 4.717 de 1965, determina em seu art. 19, que “a sentença que concluir pela carência de ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal”. Tal entendimento funda-se na necessidade de proteção ao patrimônio público que é o objeto da ação popular, devendo seu indeferimento ser revisto por órgão colegiado para que assegure a correta aplicação da lei.

Também condiciona a efetividade da sentença ao reexame necessário o art. 28, §1º, do Decreto Lei 3365, de 1941, que trata da desapropriação por utilidade pública; o art. 12, parágrafo único, da Lei de Mandado de Segurança (Lei 1.553, de 1951), facultando, entretanto, sua execução provisória; a lei que trata da matrícula e registro de imóveis rurais (Lei.6.739, de 1979).

No mesmo contexto, a Lei 7.853 de 1989 que trata da ação civil pública em favor dos portadores de necessidades especiais bem ainda a Lei Complementar 76 de 1993, que trata da desapropriação para a reforma agrária, e dispõe em seu art. 13, §1º, que “a sentença que condenar o expropriante, em quantia superior a 50 % (cinquenta por cento) sobre o valor oferecido na inicial, fica sujeita a duplo grau de jurisdição”.

2.5.1 Restrições e exceções ao cabimento

O advento da Lei 10.352/2001 trouxe diversas restrições ao cabimento do reexame necessário, excluída a sua incidência nas ações de anulação de casamento e corrigindo o erro material existente no antigo inciso III do art. 475. A

redação anterior aludia ao julgamento pela improcedência da execução de dívida ativa da Fazenda Pública, a nova redação, mais precisa, informa que seu cabimento está adstrito à hipótese de julgamento de procedência dos embargos à execução.

Se assim o fosse, o antigo inciso III trataria de *bis in idem* uma vez que a improcedência da execução é hipótese de julgamento contrário à Fazenda Pública, já prevista no antigo inciso II.

Outra restrição trazida pela inovação legislativa supra-mencionada é o valor de alçada previsto para a remessa necessária. Havendo condenação da Fazenda Pública ou procedência dos embargos de execução, ainda que de forma parcial, em valor não superior a 60 (sessenta) salários mínimos, não será imposto o duplo grau obrigatório.

Em consonância com o atual posicionamento de nossos tribunais superiores, e em atenção ao princípio da economia e celeridade processual, o parágrafo 3º do art. 475, foi redigido com a determinação de que não será cabível a remessa necessária se a sentença de mérito estiver em conformidade com súmula ou jurisprudência dos tribunais superiores.

Evita-se, compatibilizando verticalmente as decisões judiciais, desgastes desnecessário por partes do recorrente, velando pela unidade de julgamento entre nossos tribunais.

Como o mesmo intuito, ou seja, visando a celeridade e a verticalização do entendimento emanado pelos órgãos jurisdicionais, a Medida Provisória 2.180-35 de 2001, art. 12, positivou o entendimento de que não será cabível reexame necessário quando da controvérsia já houver sido proferido súmula ou instrução normativa da Advocacia Geral da União ou outro órgão administrativo igualmente competente.

Verifica-se, do exposto, que todas as hipóteses de cabimento de reexame necessário dizem respeito a causas em que a Fazenda Pública possa vir a ser prejudicada, seja quando do pagamento de indenização em ação de desapropriação, seja na hipótese de extinção sem mérito de ação popular que tem como finalidade tutelar o patrimônio público.

Logo, o objeto do reexame necessário é a decisão que seja contrária ao patrimônio público, que pode ser visto de forma ampla como patrimônio da coletividade, e sobre tal enfoque sofre e continuará a sofrer intervenções do legislador visando acompanhar a evolução histórica do conceito de “patrimônio público”.

2.6 Procedimento

A remessa dos autos ao tribunal *ad quem* deve ser procedida de ofício pelo juiz que proferiu a sentença passível de reexame obrigatório. Ainda que não conste da legislação em vigor o prazo para que o magistrado oportunize o duplo grau, esta medida deve ser feita em prazo razoável. Todavia, tal omissão não gera qualquer espécie de preclusão, resguardada a medida administrativa de correição que eventualmente esteja prevista no regimento de cada tribunal.

Caso o juiz não o faça, o presidente do tribunal deverá fazê-lo, e não se trata de mera faculdade avocar os autos para que seja reexaminada pelo órgão colegiado a decisão proferida por juiz singular.

Com a chegada dos autos ao tribunal competente este seguirá o procedimento previsto para a apelação, nos termos dos arts. 547 a 565 do Código de Processo Civil.

O reexame obrigatório é dotado de efeito suspensivo e devolutivo pleno, vale dizer, efeito translativo uma vez que devolve ao Tribunal o conhecimento de toda a matéria ali analisada.

Na hipótese de o relator constatar que o caso em análise não se sujeita à remessa necessária, poderá proferir decisão monocrática tal como determina o art. 557 do CPC. Esse é o entendimento esposado no enunciado da Súmula n. 253 do STJ, em termos: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”. Nesse ponto, por oportuno, anote-se que está é uma das semelhanças entre remessa necessária e os recursos.

Necessário observar que o acórdão proferido em sede de duplo grau obrigatório não poderá agravar a condenação da Fazenda Pública, ficando objetivamente limitado o juízo *ad quem* ao *quantum* ou a forma determinada na sentença de primeira instância, salvo se interposto recurso voluntário por qualquer das partes ou pelo Ministério Público⁷.

Por fim, a decisão do tribunal, ainda que meramente confirmatória da sentença do juiz singular, a substitui por completo, nos termos do art. 512 do CPC.

⁷ Nesse sentido é a súmula n. 45 do STJ: NO reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar condenação imposta à Fazenda Pública.

3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS ATUAIS REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EFETIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Atendendo aos anseios da sociedade de proclamar um processo civil mais célere e econômico, o Código de Processo Civil de 1973 têm passado por amplas e consecutivas reformas que chegam ao ponto de transformá-lo num modelo completamente novo se comparado ao texto original.

As sucessivas reformas, chamadas pela doutrina e jurisprudência de “ondas renovatórias⁸” trouxeram em seu bojo uma reformulação conceitual de todo o processo civil, levando aos operadores do direito uma atuação processual diferenciada, voltada para os princípios da efetividade e celeridade sem esquecer da segurança jurídica.

Trazendo uma visão panorâmica dessas ondas renovatórias verifica-se que a primeira grande reforma teve início no final de 1994, e foi presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, inserindo cinco novas leis ao Código de Processo Civil e que além de modificar diversas espécies recursais introduziu a ação monitória.

A segunda onda renovatória teve início no final do ano de 2001. Dessa vez apenas três novas leis foram agregadas às leis adjetivas e o principal foco foi novamente alterar as espécies recursais em vigor e modificar pontualmente o processo de execução.

⁸ Nesse sentido é a jurisprudência do TJFT: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. A condenação em honorários advocatícios constitui matéria de ordem pública e, como tal, pode ser apreciada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Isso porque a verba honorária está incluída no conceito de "despesas processuais". 2. Alterada a natureza da execução de sentença (Lei n. 11.232/2005, que integrou a "segunda onda" de reformas do Código de Processo Civil de 1.973, substituiu o processo de execução de título judicial por nova técnica processual de efetivação do julgado [já utilizada pelos arts. 461 e 461-A], com o escopo de agilizar a fruição do bem da vida reconhecido por sentença), discute-se acerca do cabimento de condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença e, especificamente, no caso de impugnação. A matéria inspira divergência; todavia a interpretação sistemática dos dispositivos legais pertinentes, assim como a consideração do espírito motivados das mencionadas reformas, afasta quaisquer dúvidas.3. Recurso conhecido e provido.(20080020102983 AGI, Relator WALDIR LEÔNIO C. LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 24/09/2008, DJ 29/10/2008 p. 72)

A terceira frente reformista teve início em 2005 e visou dar mais dinamicidade ao processo. Cinco novas leis foram editadas trazendo inovações principalmente ao criar a fase de cumprimento de sentença e revogar as disposições relativas à execução fundada em título judicial.

A Lei 10.352/2001, que foi promulgada no cenário da segunda onda renovatória, trouxe significativas modificações aos embargos infringentes e à remessa necessária, já estudados pormenorizadamente. Dessa forma, para a harmonização desses institutos frente às inovações legislativas em vigor faz-se necessário a análise primordial de dois princípios básicos ao estudo da lei adjetiva, são eles o princípio da efetividade e o princípio da segurança jurídica.

Tem-se que os princípios da efetividade e da segurança jurídica são os mais importantes no direito processual civil, e encontram seus fundamentos em valores constitucionais que norteiam a elaboração das regras e técnicas processuais, passemos ao exame dessas regras-base.

3.1 Princípio da efetividade

O princípio da efetividade, apesar de não estar expressamente consagrado em nosso ordenamento jurídico, é tido como garantia constitucional e deve ser visto como decorrência dos princípios constitucionais do devido processo legal, visualizado no art. 5º, XXXV, e ainda devendo ser interpretado à luz do art. 5º, LXXVIII, que trata da razoável duração do processo e celeridade. Bem como do art. 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. É a dicção do art. 8º.:

Art. 8º

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal.

- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

A invocação do princípio da efetividade como norteador do processo civil não é novidade. Alfredo Buzaide, em expressa alusão à efetividade, na redação da sua exposição de motivos do CPC de 1973, transcreveu no item 38 o seguinte trecho da mensagem enviada ao Congresso Nacional:

na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito (BUZAID, 2009, 522).

Nosso ordenamento jurídico garante ao cidadão o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Todavia, o conceito de razoável duração do processo é um conceito legal indeterminado e deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada.

Ao conceituar o princípio da efetividade, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira aduz que: “O Princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol da mais eficácia e rápida realização de direito material” (2005, p. 29).

O princípio da efetividade, portanto, tem o escopo de viabilizar por meio do Poder Judiciário as garantias mínimas exigíveis ao equilíbrio das partes numa demanda, dando-lhes resposta efetiva, célere e apta a pacificar a questão posta em juízo.

Também na busca do conceito do princípio em estudo, Aurélio Wander Bastos, afirma que:

o princípio da efetividade é não apenas um princípio jurídico, como tantos outros, mas é, também, um princípio social, uma garantia de cidadania indispensável para garantir aos desiguais a dominante aplicação dos princípios formais da legalidade e do acesso ao judiciário para se alcançar o princípio da justiça social (2007, p. 68).

O autor supra-mencionado aduz ainda que o princípio da efetividade é “direito fundamental irrestrito imprescindível à funcionalidade do Poder Judiciário nas sociedades complexas” (2007, p. 77).

Nesse sentido, Ana Paula de Barcelos, em obra intitulada “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais” com notório saber jurídico doutrina que: “para a identificação da eficácia jurídica, isto é, do que se pode pretender, exigir diante do Judiciário; daquilo a que se tem direito subjetivo no que toca à dignidade humana em seus aspectos materiais” (2008, p. 333).

Em termos, muito mais que um princípio fundamental, a doutrina moderna traz o princípio da efetividade como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser buscado em todos os seus termos.

Posto como direito fundamental que o é, vislumbra-se, a partir da vigência da Constituição de 1988, sucessivas reformas alterando dispositivos do Código de Processo Civil 1973, com fito a adequá-lo às necessidades atuais e aos princípios constitucionais, trazendo a efetividade como uma das fontes inspiradoras do atual sistema processual.

Há quem afirme, inclusive, que a efetividade da jurisdição foi por muito tempo relegada sob o argumento da segurança jurídica e do devido processo legal, onde deveria, mas não prevalecia a proporcionalidade, aduzindo que o devido processo legal só seria legítimo quando a lide fosse solucionada em tempo

adequado (RAUPP, 2008). As já mencionadas ondas de reformas do atual Código de Processo Civil aduzem, de forma quase que unânime que o processo deve ser operacionalizado de forma a ser efetivo e célere, visando conter a morosidade do poder judiciário e a imprevisibilidade das decisões.

Kazuo Watanabe destaca que “uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é o da efetividade do processo como instrumento da tutela dos direitos” (2005, p. 21).

Todavia, essa busca incessante pela celeridade e pela efetividade, apesar de justa e necessária, não pode se dar sem a observância das garantias mínimas do devido processo legal e da segurança jurídica. A efetividade deve ser o fundamento para proporcionar a efetiva realização do direito material, em estrita observância das garantias mínimas constitucionalmente previstas ao processo, tal como o devido processo legal e à segurança jurídica.

3.2 Garantia ao devido processo legal e o princípio da segurança jurídica

A garantia ao devido processo legal, “*due processo of law*” surgiu no direito inglês e tinha sua previsão implícita no art. 39 da Carta Magna de 1215, que assegurava aos homens o julgamento pelos seus pares e em observância as leis.

O devido processo legal teve, por muito tempo, índole meramente processual, visando assegurar aos litigantes a estrita observância aos procedimentos previstos em lei. Com o passar do tempo e a evolução das conquistas sociais, a doutrina passou a considerar um devido processo legal substancial.

Alexandre Freitas Câmara assevera que o devido processo legal substancial deve ser visto como o “próprio princípio da razoabilidade das leis”, passando a ser tido como condição assecuratória também do direito material (2008, p. 34 e 35).

No Brasil o devido processo legal é garantia expressa prevista no inciso LIV, art. 5º da nossa Constituição, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal”.

Aludido inciso põe sob a guarda do Poder Judiciário a garantia dos cidadãos contra o arbítrio estatal ou de pessoa que venha a tentar impedir ou privar o gozo de seus direitos e bens particulares, segundo os padrões democráticos da República brasileira.

Mais uma vez a lição de Alexandre Freitas Câmara que, citando Nelson Nery Jr. assevera que o devido processo legal é postulado fundamental do processo, “princípio base sobre o qual todos os outros se sustentam. É a norma mãe”(2008, p. 27).

Kazuo Watanabe, em obra intitulada “Da cognição do processo civil”, dispõe que:

O direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de ‘devido processo legal’, assegurado pelo art. 5º, LIV da Constituição Federal. Devido processo legal é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores. (2005, p. 142 e 143)

Dessa forma, configuram-se como garantias ao devido processo legal, por exemplo, a proibição de utilização de provas ilícitas; a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das correspondências, entre outras garantias inseridas principalmente entre os chamados direitos fundamentais de primeira geração ou de defesa, nomenclatura preferida pela maioria da doutrina moderna.

Cândido Rangel Dinamarco doutrinando sobre a garantia do devido processo legal aduz que:

O perfil do processo que resulta dessa garantia é o do processo justo e equo que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente com uma tutela efetiva. (2005, 266)

Deve-se observar o direito as partes de ultrapassar as várias etapas do processo judicial, previamente estabelecidas em lei, de tal forma que o jurisdicionado não seja privado de seu direito sem que tenha direito à procedimento que cumpra as formalidades positivamente exigidas.

Apesar de nosso ordenamento jurídico trazer uma concepção procedimentalista do devido processo legal, já existem renomadas vozes na doutrina moderna pregando o devido legal substancial, que seria a necessidade não só de um processo em que tenham sido observadas as garantias legais, mas também que a decisão proferida seja razoável e justa (DINAMARCO, 2005, p. 31) .

Os nossos Tribunais Superiores, por exemplo, aplicam o conceito de devido processo legal substancial quando invocam o princípio da proporcionalidade para fundamentar a prevalência de um direito sobre o outro, verificando, no caso concreto, qual direito causaria maior benefício a sociedade em detrimento de outro⁹.

Nesse contexto, diante da busca da tutela efetiva e apta a produzir efeitos no mundo jurídico faz-se necessário que haja a certeza de que essa decisão não será violada. Temos assim o princípio da segurança jurídica como um corolário do devido processo legal e deve ser lido como consequência lógica do estado democrático e de Direito adotado em nosso país, estando também positivado no art. 5º, LIV, da Constituição.

O princípio da segurança jurídica se traduz como forma de proteção à confiança inserida na ordem jurídica, e se destina à manutenção do *status quo* evitando surpresas quanto as eventuais modificações do direito positivo ou quando a

⁹ Nesse sentido é o julgado do STF na ADI 1231: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ANISTIA: LEI CONCESSIVA. Lei 8.985, de 07.02.95. CF, art. 48, VIII, art. 21, XVII. LEI DE ANISTIA: NORMA GERAL. I. - Lei 8.985/95, que concede anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994, tem caráter geral, mesmo porque é da natureza da anistia beneficiar alguém ou a um grupo de pessoas. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. II. - A anistia, que depende de lei, é para os crimes políticos. Essa é a regra. Consubstancia ela ato político, com natureza política. Excepcionalmente, estende-se a crimes comuns, certo que, para estes, há o indulto e a graça, institutos distintos da anistia (CF, art. 84, XII). Pode abranger, também, qualquer sanção imposta por lei. III. - A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV). IV. - Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995. V. - ADI julgada improcedente. (ADI 1231, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2005, DJ 28-04-2006 PP-00004 EMENT VOL-02230-01 PP-00049).

conduta do Estado, que provocaria, e provoca, tensão com as tendências modernizadoras.

Todavia, esse princípio não pode significar elemento de estagnação da ordem jurídica, impedindo a evolução da jurisprudência e a modernização e adequação das normas jurídicas que devem acompanhar a evolução da sociedade.

Portanto, verifica-se que, na análise do caso concreto, poderão surgir hipóteses em que os princípios processuais constitucionais trarão idéias diametralmente opostas, devendo o operador do direito escolher entre uma ou outra norma. É o caso do confronto de princípios constitucionalmente assegurados, que será estudado no item seguinte.

3.3 Forma de solução de eventual conflito entre o princípio da efetividade e do devido processo

A colisão de princípios constitucionais em nosso ordenamento é matéria largamente examinada, principalmente pelos constitucionalistas modernos, tomando como parâmetro principal o direito Alemão, sendo as lições dos juristas germânicos as maiores fontes pesquisadas.

Esse encontro de direitos pode se dar na forma de colisão ou de concorrência. A colisão tem lugar quando dois direitos fundamentais estão em confronto e não podem prevalecer numa mesma situação.

Já a concorrência se configura quando “determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais. Nesse caso coloca-se o problema a saber qual das normas fundamentais seria aplicável” (MENDES, 2008, p. 356).

É justamente na hipótese de concorrência de direitos que se deve analisar o princípio da efetividade e o devido processo legal no âmbito do direito processual civil, tendo em vista que esses dois institutos são pressupostos da aplicação efetiva do direito e contribuem para que processo leve à justiça no caso concreto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta em exemplos de concorrência de direitos fundamentais, e nesses casos, são utilizados os critérios da proporcionalidade e da ponderação dos princípios para chegar à um resultado satisfatório.

A esse respeito o eminente ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 353), aduz com autoridade: “É certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como ‘lei de ponderação’, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional”.

Isso porque a melhor doutrina leciona que aos direitos assegurados pela constituição deve-se assegurar um núcleo mínimo intangível do direito ora em confronto, não podendo se cogitar a supressão desse direito, mas tão somente sua limitação de forma à retirar-lhe a menor parcela de aplicabilidade possível, harmonizando esse institutos.

Nesse diapasão, a busca pela razoável duração do processo e a celeridade a qualquer custo põem em risco o devido processo legal e a segurança jurídica, como bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni, aduzindo que “A busca de decisões perfeitas bate-se contra a necessidade de respostas rápidas do processo. Se o primeiro objetivo exige tempo, o segundo escopo impõe a restrição desse elemento”(2006, p. 584).

Dessa forma, eventual desconsideração de um princípio em atenção ao outro traduziria verdadeira violação à direito fundamental que não deve ser acolhida pelo ordenamento jurídico.

Grande razão assiste aos argumentos de José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade (2006, p.49).

Barbosa Moreira sintetiza com clareza a necessidade de se observar a segurança jurídica em contraposição à predisposição da doutrina em superdimensionar a lentidão dos processo:

Se uma justiça lenta demais é decerto de uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser muito melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço (2004, p. 05).

Isso porque o conflito entre a efetividade e a segurança jurídica é inseparável da estrutura do processo civil pátrio, devendo, tanto o legislador, quanto o julgador, buscar um denominador comum a tais princípios. Nesse sentido ensina Fredie Didier:

as restrições a um direito fundamental/princípio constitucional, que são inevitáveis, serão lícitas, mas apenas na medida do necessário, 'não podendo ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida'. De certo modo contido nesse princípio, encontra-se o da salvaguardado núcleo essencial, segundo o qual não será legítima a decisão conformadora se, a pretexto de resolver o conflito entre os direitos ou princípios, eliminar um deles ou retirar substância elementar. (2007, p. 35 e 36)

Ao se reconhecer a existência de um direito fundamental ao processo, reconhece-se, implicitamente, o direito à solução do conflito mediante uma série de atos obrigatórios que contém o seu conteúdo mínimo, tais como o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, entre outras garantias que não podem ser ignoradas (DIDIER, 2007, p. 41).

Ressalve-se que o direito ao devido processo legal não deve violar o direito à um processo sem dilações indevidas, todavia, este não pode ser suscitado como valor insuperável, devendo, para tanto, o operador do direito se utilizar da técnica da ponderação de valores visando a menor mitigação possível de cada um dos princípios em apreço.

4. DIVERGÊNCIA QUANTO AO CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTE EM REMESSA NECESSÁRIA.

Há muito se discute na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento ou não de embargos infringentes do acórdão proferido em sede de duplo grau de jurisdição obrigatório, tendo em vista que os dois institutos estão em constante aperfeiçoamento.

A divergência se dava ainda pela já superada, mas não menos debatida, dúvida a respeito da natureza jurídica do reexame necessário, que, para alguns, tratava-se de espécie recursal.

Conforme já explicitado, o advento da Lei 10.352/2001 restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes previstas no art. 530 do Código de Processo, sendo possível a sua interposição apenas e tão somente em face de acórdão não unânime proferido em grau de apelação ou da decisão pela procedência em ação rescisória.

4.1 Divergência doutrinária

A dúvida a respeito do cabimento dos embargos infringentes em acórdão não unânime proferido em remessa necessária não é recente e teve maior notoriedade após a entrada em vigor da lei supramencionada.

A doutrina majoritária se posiciona no sentido do cabimento, e traz robustos argumentos para fundamentar suas teses.

Veja-se, por exemplo, a posição do experiente processualista José Carlos Barbosa Moreira:

Embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame necessário, ex vi legis (art. 475) (1998, p. 512 e 513).

José Frederico Marques, também em posicionamento favorável ao cabimento dos infringentes em duplo grau obrigatório, trata esse último instituto

como um “quase-recurso”, afirmado que a devolução do conhecimento da matéria ventilada poderá ser feita de forma necessária e voluntária, tendo o CPC atual retirado apenas a denominação “apelação ex-offício” e mantendo sua forma de processamento. E prossegue:

Esse quase-recurso tem efeito devolutivo e efeito suspensivo. Em relação ao julgamento nele proferido, aplicam-se as regras concernentes à apelação, pois se trata de remédio destinado a rever sentenças de primeira instância. Por isso mesmo, o vencido, ainda que não tenha interposto apelação voluntária, pode entrar com embargos infringentes, se for o caso. (2000, p. 177 e 178)

Já sob outro enfoque, aduzindo que a remessa necessária não é recurso, mas seu procedimento igual ao da apelação, Nelson Nery Jr. defende que: “Como a remessa necessária tem o procedimento do recurso de apelação, havendo divergência no tribunal quanto a esse reexame, admite-se a interposição dos embargos infringentes” (2000, p. 379).

É também o posicionamento de Theotônio Negrão:

A Súmula 77 do TRF não resolveu explicitamente a seguinte questão: reformada ou confirmada a sentença, por maioria de votos, caberão embargos infringentes contra acórdão em reexame necessário, se as partes não tiverem apelado? Sim, para ambas as partes, vencedora ou vencida, nos limites do voto dissidentes (SIMP-concl. XLII, em RT 482/272; Enio Bastos de Barros: RT 479/15, RF 254/59). O STF entende que a parte vencida, que não recorreu da sentença, tanto pode oferecer embargos infringentes, se o acórdão não for unânime (RTJ 91/1.079 – Pleno, 7 a 2; 94/801, 122/844), como apresentar recurso extraordinário ou especial, se o for (RTJ 82/462 – Pleno, v.u.). (2002, p. 493).

Não se pode deixar de registrar o entendimento dos juristas mais modernos, mas não menos brilhantes, tais como Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha, que em seu Curso de Processo Civil, reputam correto a posição favorável ao cabimento dos referidos embargos, citando além de Nelson Nery Jr., a súmula 77 do antigo TFR¹⁰ e ainda o enunciado n. 42 do Simpósio de Direito Processual de Curitiba.

¹⁰ É o teor da enunciado da Súmula 77 do TRF: “77. Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio* (Código de processo Civil, art. 475).

Para Vicente Greco Filho "Apesar da omissão da lei, tem sido admitidos embargos infringentes em casos de reexame obrigatório (art. 475), que não é apelação, mas tem o mesmo objetivo prático em favor da Fazenda Pública ou no caso de anulação de casamento" (2000, p. 305).

A corrente contrária tem voz minoritária e traz como principal fundamento o argumento de que o reexame necessário não se trata de recurso, e que, portanto, não está inserida nas hipóteses de cabimento previstas no art. 530. Vejamos o entendimento do professor Bernardo Pimentel:

Ainda que muito respeitável o entendimento em prol do cabimento, a resposta *negativa* parece ser a melhor, pois a remessa obrigatória não pode ser confundida com o recurso de apelação, e o artigo 530 não incluiu o reexame necessário entre as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes. Em síntese, como há mais lugar para confusão entre a remessa necessária e a apelação, tudo indica que acórdão proferido por maioria de votos em reexame obrigatório não enseja embargos infringentes. (2008, p. 596).

Mais radical é o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara, conforme noticiado no capítulo específico sobre o tema, que pretende ver abolido os embargos infringentes do Código de Processo Civil, e por conseguinte, afirma incabível o seu cabimento em remessa necessária (2005, p. 119).

4.2 Dissídio Jurisprudencial

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em seu Regimento Interno, demonstra ser claramente favorável à possibilidade de impugnação via embargos infringentes nas hipóteses de duplo grau obrigatório. É o que se infere do §1º, do art. 71, *ex vi*:

Art. 71 - Haverá Revisor nos seguintes casos:

(...)

§ 1º - Não haverá Revisor em Apelação Cível e em Embargos Infringentes Cíveis, quando decorrerem de remessa de ofício, ou se se tratar de procedimentos sumários, de despejo, nos casos de indeferimento liminar da petição inicial, bem como nos previstos no item III do Art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90);

Mesmo que não traga expressamente como hipótese de cabimento, depreende-se da leitura do artigo transcrito que são cabíveis os embargos, já que existe, inclusive, previsão de que nessa hipótese não haverá relator.

Ainda tendo como objeto de análise o regimento interno do TJDF, verifica-se que recente modificação na redação do *caput* do seu art. 224, inserido pelo Ato Regimental n. 02 de 05.06.2008, adequou seu texto ao CPC, substituindo a frase “quando não unânime o julgamento proferido em Apelação ou em Ação Rescisória”. É o atual teor do artigo:

Art. 224 - Os Embargos Infringentes serão processados e julgados na forma prevista em lei e neste Regimento, sendo cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias, 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.

Tal modificação demonstra claramente que o julgador não deve restringir a incidência de embargos infringentes ao recurso de apelação e à ação rescisória, mas sim aos acórdão proferidos “em grau de apelação”, diferença que, em termos jurídicos, pode ser decisiva para o deslinde da questão posta no presente estudo.

Nesse sentido cite-se o julgamento dos Embargos Infringente Cíveis no TJDF, n.º 20010111213694, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 3ª Câmara Cível, publicado no DJ 17/05/2005 p. 117) que afirma “Possível o cabimento de embargos infringentes em sede de remessa necessária que, por maioria, deu provimento a mesma”.

Todavia, a despeito do entendimento do TJDF, a divergência jurisprudencial pode ser vista até entre turmas do mesmo tribunal, a exemplo do STJ em que a 5ª e 6ª turma – 3ª seção, concluíam, até 2008, pelo não cabimento dos embargos em remessa necessária e em sentido diametralmente oposto julgava a 1ª e 2ª turma – 1ª seção. Para ilustrar, são julgados da primeira turma e terceira seção, respectivamente:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DECISÃO NÃO UNÂNIME EM REMESSA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

1. Pacificado que a remessa de ofício equipara-se a recurso para os fins do art. 557 do CPC (Súmula 253/STJ), revela-se plausível interpretar

extensivamente o termo "apelação" contido no art. 530 do Código, **para permitir a interposição de embargos infringentes em decisão não unânime proferida em reexame necessário.**

2. Recurso especial provido, divergindo do relator.

(REsp 604.538/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 18/12/2006 p. 310) (grifo nosso)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. Sucumbente o Poder Público, não lhe suprime o reexame obrigatório a apelação voluntária, apta a ensejar-lhe os embargos infringentes, como foi sempre comum da defesa dos interesses dos entes públicos em geral, aplicando-se, à espécie, o adágio latino *dormientibus non succurrit ius*.

2. As normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos ou a aprofundamentos intoleráveis de privilégios, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.

3. Inaplicabilidade da Súmula nº 77/TFR.

4. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 168837/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2000, DJ 05/03/2001 p. 126) (grifo nosso)

Em novembro de 2008, a 6ª turma, em notória contrariedade ao entendimento já emanado pela 3ª seção, da qual é integrante, aderiu ao entendimento perfilhado pela primeira turma e admitiu os embargos infringentes em remessa necessária no REsp. n. 1.089.886/DF, julgado em 20.11.2008 e DJe de 15.12.2008¹¹.

¹¹ Segue ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. INTERPOSIÇÃO CONTRA ARESTO PROFERIDO EM REEXAME NECESSÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER EXECUTIVO. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS DE ACORDO COM A FUNÇÃO EFETIVAMENTE EXERCIDA. 1. A teor da orientação adotada pelas Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça e do posicionamento majoritário da doutrina pátria, cabem embargos infringentes contra acórdão que, no julgamento de reexame necessário, reforma sentença de mérito por maioria de votos. 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou posicionamento de que o servidor tem direito à incorporação de quintos/décimos de acordo com a função efetivamente exercida no âmbito do serviço público, sendo vedada a redução dos valores incorporados sob o fundamento de correlação entre as funções dos respectivos Poderes. 3. Recurso especial conhecido, mas desprovido. (REsp 1089886/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008)

Infere-se das jurisprudências supra-transcritas que os julgados que acolhem os infringentes em reexame obrigatório fundamentavam-se na similitude desse instituto com o recurso de apelação. Já os que julgavam pelo não cabimento aduziam que o cabimento dos embargos infringentes deveria ser interpretado de forma restrita limitando-o às hipóteses expressamente previstas em lei.

4.3 Decisão do STJ no julgamento do RESP 823.905

A Corte Especial do STJ foi provocada a se manifestar, diante da interposição dos embargos de divergência no REsp. 823.905 – SC, relator Min. Luiz Fux, quanto ao cabimento de embargos infringentes contra acórdão, que reforma sentença de mérito, em sede de remessa necessária. A alegada divergência se dava entre o aresto embargado e o RESP n.º 485.743/ES, da 1ª Turma, Rel Min. Teori Albino Zavascki.

Aquela Corte, por unanimidade, declarou que a ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirige-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária¹².

Da íntegra do acórdão em apreço extrai-se que além do fundamento utilizado pelos que se opõem ao cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária – o de que está não é recurso, mas mera condição suspensiva de eficácia da decisão, logo, incabível o aludido embargo, aliou-se à tese de que as reformas processuais atualmente implementadas devem levar o julgador a interpretar restritivamente as hipóteses de duplo grau obrigatório, em atenção ao princípio da efetividade e em clara alusão à celeridade processual.

Não andou bem a Corte Especial do STJ ao firmar esse entendimento, contrariando a tese majoritária que vinha sendo consagrada naquele tribunal superior. Procede-se, a seguir, a análise dos fundamentos que levam a essa conclusão.

¹² Nesse sentido: EREsp 823905 (2006/0248751-2 - 30/03/2009)

4.3.1 Impossibilidade de restrição (nos moldes apresentados pelo STJ) das hipóteses de cabimento de embargos infringentes expressamente trazidas pelo art. 530 do CPC.

Na redação do acórdão no REsp. 823.905, o relator, Ministro Luiz Fux, afirmou, *prima facie*, que remessa necessária não é recurso, e logo estaria excluída da hipótese de cabimento dos embargos infringentes, *in verbis*: “Com efeito, a remessa *ex officio* não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária”.

Ora, a doutrina é unânime em reconhecer que o reexame necessário tem natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, e não de recurso, e nem por isso nega-lhe cabimento de embargos infringentes.

O que se afirma, e como grande razão, é que os procedimentos alusivos ao recurso de apelação e à remessa necessária são idênticos, e que este seria um dos motivos de ser combatido via infringentes.

Nesse sentido é a opinião já mencionada de Barbosa Moreira, Fredie Didier, Nelson nery Júnior e inúmeros outros juristas.

Como já amplamente estudado em capítulo próprio, o Código de Processo Civil traz no art. 530 e seus incisos as hipóteses de cabimento de embargos infringentes aludindo à “acórdão que reformar sentença de mérito proferida em grau de apelação”, e à “acórdão que julgar procedente a ação rescisória”.

Note-se que em momento algum o legislador fala em recurso, ou restringe o âmbito de incidência aos recursos de apelação e à ação rescisória, logo, uma interpretação restritiva, no presente caso, se mostra equivocada.

Esta também é a leitura do referido artigo feita pelo Tribunal de Justiça do Distrito federal e Territórios, que se infere da readequação dos termos de seu Regimento Interno ao substituir o termo utilizado no art. 224, do RITJDFT, de “em apelação” para “em grau de apelação”.

Pela simples leitura se observa que o legislador não teve a intenção de restringir a hipótese de cabimento dos infringentes ao recurso de apelação, mas tão somente de situá-lo em segundo grau de jurisdição, demonstrando não ser oponível nas instâncias superiores.

Ainda, para contribuir com o deslinde dessa questão, pode-se aplicar ao artigo 530 do CPC a técnica da subsunção com fito de averiguar quais seriam as hipóteses de cabimento de embargos infringentes no caso concreto. Apenas para ilustrar lógica de utilização da subsunção, a seguinte explicação da jurista Ana Paula de Barcellos:

Os elementos de interpretação tradicionais operam, em última análise, sob a lógica da subsunção, que continua a ser a lógica ordinária de aplicação silogística do direito. O raciocínio subsuntivo aplicado ao direito pode ser descrito simplificadaamente nos seguintes termos: em primeiro lugar, identifica-se uma premissa maior que incide sobre uma premissa menor (o conjunto de fatos relevantes na hipótese), e desse encontro, entre as premissas maiores e menor produz-se uma norma específica ao caso, extraída ou construída a partir da premissa maior (2008, p. 114)

In casu, a premissa maior seria a sentença de mérito proferida em grau de apelação, e a premissa menor seria a remessa necessária, que, como visto, trata-se de reexame obrigatório em segundo grau. Logo, perfeitamente cabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão proferido em remessa necessária, nos exatos termos do art. 530, I do CPC.

Ademais, caso fosse a intenção do legislador em restringir a aludida hipótese, este teria o feito, tendo em vista que a Lei 10.352/2001 veio para justamente reduzir as hipóteses de cabimento previstas neste artigo, retirando, por exemplo as causas relativas a casamento, e ainda, melhorando a redação do parágrafo referente aos embargos do devedor à execução fiscal.

Ora, se a discussão a respeito do cabimento dos infringentes em segundo grau obrigatório é anterior a referida lei, e esta sequer mencionou a matéria, conclui-se que o legislador reputou superado o aludido dissídio e acatou a posição majoritária.

Portando, perfeitamente cabível o recurso de decisão não unânime contra acórdão proferido em reexame obrigatório, por expressa disposição legal.

4.3.2 A invalidade do princípio da efetividade com fundamento para negativa de cabimento de embargos infringentes em remessa necessária em face do princípio da segurança jurídica.

Da análise do recentíssimo posicionamento da corte especial surgiu a dúvida que deu azo à confecção do presente estudo: Seria o princípio da efetividade fundamento apto a justificar a negativa de recurso contra decisão não unânime proferida em segundo grau obrigatório?

Pedimos vênias para humildemente discordar da corte especial do STJ e dizer que não, pela série de motivos que adiante serão enumerados.

O argumento em que se baseia o acórdão em análise é o princípio da efetividade, que é mencionado, sem maiores fundamentações. Restringiu-se, o eminente relator, a afirmar que as ondas renovatórias do processo civil se inspiram na efetividade processual e que por isso incabíveis os embargos.

No decorrer da presente monografia restou demonstrado que de fato, as ondas renovatórias do processo civil sugerem a aplicação do princípio da efetividade, devendo este ser mais célere e eficaz. Mas não a qualquer custo.

Para corroborar com esse entendimento importante mencionar o chamado “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e Republicano”, firmado em dezembro de 2004 entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, onde aduzem que:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. (DOU de 15.12.2004)

A assinatura desse acordo entre os três poderes resultou numa série de compromissos onde o Poder Judiciário se comprometia, entre outras, em reformar o

sistema recursal de forma a trazer “regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos – sem prejuízo das garantias individuais”.

Todavia, a busca pela rapidez do julgamento do processo não é exclusiva do Brasil. Soraya Regina Gaspareto Lunardi ao investigar o conflito entre a celeridade e a efetividade aduz que: “ A primeira ideologia que vem movendo muitas discussões é a de que o processo deve ser célere para que seja efetivo, quanto mais rápido melhor. Entretanto, constatamos que o processo não é rápido nem no Brasil nem em qualquer país do mundo” (2005, p. 205).

A autora passa ao estudo da efetividade (enquanto célere) do processo nos diferentes ordenamentos jurídicos mundiais, e cita, por exemplo, que na Itália um processo dura em média quatro anos só no primeiro grau de jurisdição, no Japão o processo pode durar até dez anos na primeira instância e nos Estados Unidos, tão admirado por muitos, o processo chega a durar de três a cinco anos (LUNARDI, 2005, p. 205 e 206).

De outro modo, em que pese o clamor da sociedade e até de experientes juristas pela rápida solução do litígio, esta não deve ser vista como única forma de dar efetividade ao processo, nem ainda ser considerada em detrimento das demais garantias constitucionais, como bem assentou o pacto acima mencionado, repise-se “ sem prejuízo das garantias individuais”.

José Roberto Santos Bedaque arremata esse entendimento ao aduzir que:

Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia do devido processo legal. Não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois, ligados à segurança do processo (2006, p. 49).

De nada adianta uma prestação jurisdicional célere e efetiva se não for capaz de assegurar a segurança jurídica capaz de pacificar o conflito entre os jurisdicionados. A segurança jurídica objetiva dar ao processo efetividade, não podendo, dessa forma, o processo ser efetivo se lhe for retirada a segurança.

É preciso que se faça uma ponderação de valores, no caso concreto, para se saber se o meio processual em análise, no nosso caso, os embargos infringentes, é o mais eficaz, ainda que em detrimento da celeridade. Como bem assenta Tereza Arruda Alvim Wambier: “Nessa linha de raciocínio, tem-se que as formas processuais não são nada mais que o preço que as pessoas tem que pagar pela sua liberdade: constituem, na verdade, uma garantia para a defesa de seus direitos” (2006/2007, p. 167).

Para ilustrar esse posicionamento suponhamos a seguinte hipótese: Um particular entra com ação indenizatória em face do poder público, tem seu pedido provido e o poder público é condenado a pagar indenização no quantum de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor igual ao pedido na exordial, logo, não lhe assiste razão para recorrer. A Fazenda Pública, perde o prazo para apelação e os autos sobem tão somente em razão da remessa necessária. Em segunda instância o tribunal reforma a sentença, diminuindo o valor da condenação para R\$ 10.000, 00 (dez mil reais). O julgamento não foi unânime tendo o acórdão sido prolatado com base no voto médio, sendo que o relator fixou a indenização em R\$15.000,00 (quinze mil reais), o primeiro vogal em R\$ 10.000,00 (dez mil), e o segundo em R\$5.000,00 (cinco mil). Suponhamos que do julgamento da remessa necessária não tenha sido violada nenhuma lei federal nem norma constitucional, portanto, incabíveis os recursos especial e extraordinário.

Nesse caso, se levássemos em conta o atual entendimento da Corte Especial do STJ, não seria cabível nenhum recurso, restando a parte se conformar com decisão que não teve consenso sequer entre a turma que a julgou.

Tal hipótese configura, ofensa direta ao princípio da segurança jurídica, violando o direito ao devido processo legal uma vez que não foi dada a parte nenhuma chance de recorrer da decisão que lhe fora gravosa.

Humberto Theodoro Junior ensina que a solução do conflito posto em juízo só será efetiva quando for justa, vejamos:

o processo que lega ao novo milênio é o da efetividade, no qual não se cinge ao Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a justa composição (1999, p. 2).

Significativamente, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em estudo acerca da efetividade e tutela jurisdicional assevera que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição está envolta na garantia da efetividade e de um processo justo, determinando que o resultado do processo deve advir de um “nexo teleológico fundamental entre 'agir em juízo' e a 'tutela' do direito afirmado” (2005, p. 31).

A doutrina majoritária sustenta que o recurso é uma continuação do direito de ação que deve ser exercida em segundo grau de jurisdição, exemplifico ao citar Nelson Nery Junior, “(...) já nos sentimos em condição de adotar aquela que o entende como um prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação, compreendido este em seu sentido mais amplo” (2000, p. 204).

Portanto, sabendo que o recurso é uma extensão ao direito de ação e que o interesse em recorrer só surge quando a parte sofre prejuízo, no exemplo trazido o interesse em recorrer só surge quando da prolatação do acórdão em segundo grau, que reformou a sentença de primeira instância.

Logo, negar o cabimento ao recurso previsto para o caso em análise, qual seja, os embargos infringentes, é negar o próprio direito de ação. “O intérprete, no afã de atribuir a qualquer custo, eficácia positiva ou simétrica a um princípio, ignora a existência de outros elementos jurídicos relevantes e importantes que devem ser analisados com seriedade” (BARCELOS, 2008, p. 112).

Prevalecendo o entendimento do STJ, ou seja, sendo incabível o embargo infringente em remessa necessária, será mais favorável à Fazenda Pública, quando a sentença de primeiro grau for contrária aos seus interesses, simplesmente deixar de recorrer, tendo em vista que o processo necessariamente revisto em segundo grau e que, caso haja modificação da decisão em desfavor do particular a este não será possível interpor recurso, salvo se cabíveis o especial o ou extraordinário.

A nossa Constituição assegura a “razoável duração do processo”, e não a “rápida duração do processo”. Sobre esse enfoque, mais uma vez é a lição de Soraya Regina Gaspareto:

O processo tem seu tempo, a prestação jurisdicional exige tempo. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos. Nada seria mais rápido, por exemplo, do que linchar o réu; mas certamente não seria a melhor solução. Se uma justiça lenta certamente não é boa, uma muito rápida também não é necessariamente boa. Claro que queremos uma prestação jurisdicional célere, mas conseguir isso a qualquer preço não significa efetividade. (2005, p. 206).

Humberto Ávila ao tratar da proibição do excesso na aplicação de determinadas regras ou princípios constitucionais assevera que “A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia” e para a solucionar a questão aduz que “nesse caso a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra” (2007, p. 146).

A efetividade do processo deve trazer como pressuposto ideológico o resgate do direito material violado, frente aos princípios e garantias fundamentais assegurados pela Constituição, de modo a afiançar o princípio da segurança jurídica garantindo o acesso à justiça, e não restringindo-o por completo como no julgado ora em apreço.

CONCLUSÃO

Restou demonstrado, pelos diversos argumentos aqui narrados que a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema é latente, uma vez que renomados autores defendem posições diametralmente opostas, o que revela a importância do presente estudo.

De um lado há corrente doutrinária, minoritária mas não menos importante, defendendo que o acórdão proferido em reexame necessário não tem natureza recursal, já que lhe faltam as características próprias dos recursos e sendo tão somente condição suspensiva da eficácia da sentença que só passa a ter força vinculante quando confirmada em segunda instância, não seria hipótese de cabimento de embargos infringentes, bem como não estando previsto no rol taxativo do art. 530 do CPC

De outra via, tal como informado por José Carlos Barbosa Moreira e Fredie Didier, Theotônio Negrão, Frederico Marques e Nelson Nery Júnior, a remessa necessária, ainda que não tenha natureza recursal pode ser atacada via embargos infringentes tendo em vista que seu procedimento é semelhante ao da apelação.

Na Jurisprudência, apesar de controverso, entendimento majoritário da doutrina é seguido pelos tribunais, e, e especificamente pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e, até recentemente, pelas 6ª, 1ª e 2ª turmas do STJ.

Viu-se que o princípio da efetividade e a celeridade processual são o foco das ondas de reformas implementadas na legislação adjetiva atual, mas estes princípios devem ser aplicados com a observância das garantias fundamentais constitucionalmente protegidas, assegurando aos demais princípios informativos do processo, em especial o do devido processo legal, a proteção de seu núcleo mínimo.

Assim, garantir aos litigantes da interposição de recurso é garantir-lhes seu direito fundamental ao próprio direito de ação, uma vez que aquele é uma extensão deste, não podendo ser violada sob a justificativa de dar celeridade ao processo.

Concluiu-se ainda que o princípio da efetividade, mesmo que indubitável seu caráter essencial ao processo civil, considerado por alguns como direito fundamental, que visa dar ao processo plena aptidão para alcançar os fins a que se

destina, não pode, por si só, fundamentar a exclusão do direito legalmente constituído à interposição de recurso.

Dessa forma, o princípio da efetividade não é argumento válido para a exclusão de uma hipótese de cabimento do recurso contra decisão não unânime previsto no art. 530 do CPC, quando o acórdão tiver sido proferido em remessa necessária, pois quando confrontando ao princípio da segurança jurídica, este deverá prevalecer.

Também, o simples argumento de que o reexame necessário não é recurso e que por isso não estaria elencado no rol taxativo do artigo referente aos embargos infringentes não é apto como fundamento, tendo em vista que não há restrição dessa natureza no art. 530 do CPC.

O princípio da efetividade não pode servir de fundamento para os tribunais simplesmente negarem cabimento a recurso com fins de melhorar sua estatística e parecer mais célere e eficaz, restringindo, por completo, o direito fundamental ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos: *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo: Malheiros. 2006.

BRASIL. *Código Civil, Código de processo Civil, Código Comercial, Legislação civil, processual civil e empresarial, Constituição*. Organização Yussef Said Cahali. São Paulo: RT. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 466571/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 17/02/2003 p. 278. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 jun.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 219064/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2001, DJ 11/06/2001 p. 225. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 jun.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1058183/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 26/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 jun.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1089886/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 maio. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 168837/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/1998, DJ 08/03/1999 p. 241. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15: maio. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 604538/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 18/12/2006 p. 310. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 maio. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 944295/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 18/09/2007 p. 291. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01 jun.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 823905/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2009, DJe 30/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1231, Relatora: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2005, DJ 28-04-2006 PP-00004 EMENT VOL-02230-01 PP-00049. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 jun.2009.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005. vol II.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador. Juspodvim. 2007. vol. 1.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2007. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ROF81096, Relator CARMELITA BRASIL, 4ª Turma Cível, julgado em 25/08/1997, DJ 22/10/1997 p. 25.393. Disponível em: <<http://www.tjdftj.jus.br>>. Acesso em: 02 jun.2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios 20080020102983 AGI, Relator WALDIR LEÔNICIO C. LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, julgado em 24/09/2008, DJ 29/10/2008 p. 72. Disponível em: <<http://www.tjdftj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun.2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território 20010111213694EIC, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 3ª Câmara Cível, julgado em 27/10/2004, DJ 17/05/2005 p. 117. Disponível em: <<http://www.tjdftj.jus.br>>. Acesso em: 15 jun.2009.

MARCATO, Antonio Carlos (Org.). *Código de processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 5. ed. 2006

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Futuro da Justiça: alguns mitos, temas de Direito Processual: Oitava Série*. São Paulo: Saraiva. 2004

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT. 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Tutela Jurisdicional*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 4, n. 4. p. 5-32, jan./fev. 2005.

RAUPP, Eduardo Caringi, *Efetividade como principio maior no novo processo civil*, disponível em <http://www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/producao/file.asp?ID=11>, acesso em 12. 06. 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

THEODORO Jr., Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. São Paulo: RT. 2006/2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Perfil. 2005