

APONTAMENTOS SOBRE AS REGRAS DO DIREITO INTERTEMPORAL RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES E A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC À LUZ DA DOUTRINA E DO STJ

Dulce Dias Ribeiro Pontes

Bacharela em Direito pela UNICAP

Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela UNINASSAU

Mestre em Direito pela UNICAP

Analista Judiciária do TJPE

RESUMO: O presente ensaio trata de problemáticas relacionadas à aplicação da lei processual no tempo em processos pendentes, mais especificamente em hipóteses nas quais, em tese, seria cabível a interposição do recurso de embargos infringentes, extirpado do Código de Processo Civil, ou de incidência da técnica de julgamento do artigo 942 inserida no ordenamento jurídico. Após analisar a forma de aplicação das normas processuais no tempo, assim como os sistemas que disciplinam a questão, em especial o do isolamento dos atos processuais, algumas questões que já chegaram ao Superior Tribunal de Justiça ou que já foram levantadas na doutrina serão tratadas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil. Aplicação da lei processual no tempo. Processos pendentes. Sistema do Isolamento dos Atos Processuais. Embargos Infringentes. Técnica de Julgamento do art. 942 do CPC.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

O presente artigo trata de problemáticas relacionadas à aplicação da lei processual no tempo, cuja incidência costuma-se afirmar ocorrer imediatamente, ou seja, a partir da sua vigência, salvo os casos em que preservada a garantia fundamental insculpida no art. 5º, XXXVI, da CF (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). Pode-se dizer também que as normas processuais serão aplicadas de forma imediata, no entanto, respeitando-se os atos até então realizados, ainda que inacabados, tendo em vista o princípio do

tempus regit actum (tempo rege o ato).

Ao analisar as dimensões da norma processual no tempo, ensinam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Lopes (2017, p. 47):

A eficácia da lei processual vai, em princípio, de quando entra em vigor até que revogada. Sua aplicação é imediata, disciplinando fatos e situações jurídicas a partir de quando entra em vigor. Fatos ocorridos e situações jurídicas já consumadas no passado não se regem pela lei em vigor, especialmente quando estiverem em jogo os limites representados pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada (CF, art. 5º, inc. XXXVI – LINDB, art. 6º). E também, inversamente, não se regem pela lei velha os fatos ou situações que venham a ocorrer depois de sua revogação.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, já prevendo a problemática do assunto com relação aos processos pendentes (2016, p. 26):

No âmbito do direito processual, uma lei nova não se aplica a processos findos, sendo igualmente certa sua aplicação aos processos instaurados em sua vigência, ou seja, aos processos a serem iniciados quando já em vigor a lei. Em outras palavras, a nova lei processual tem *eficácia imediata*, não atingindo *atos processuais* já praticados, mas incidindo sobre aqueles que ainda haverão de ser realizados. Toda a problemática está na incidência da lei nova aos processos pendentes. A respeito desse tema, existem três sistemas que disciplinam a aplicação da lei processual no tempo (...).

1. SISTEMAS QUE DISCIPLINAM A APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO EM PROCESSOS PENDENTES

Passa-se, então, a analisar os sistemas da unidade processual (i), das fases processuais (ii), e do isolamento dos atos processuais (iii).

No primeiro, a própria nomenclatura do sistema já denota ser a lei vigente a aplicada ao tempo do processo, durante todo o decurso de sua tramitação (do início ao término, em todas as suas fases). Segundo Leonardo Carneiro da Cunha:

Pelo sistema da unidade processual, o processo deve ser regido, integralmente, por uma só lei. Assim, iniciado o processo, irá regê-lo a lei em vigor no momento da propositura, não sofrendo a incidência de qualquer lei superveniente. (CUNHA, 2016, p. 26)

No ordenamento jurídico pátrio, o sistema da unidade processual é aplicado em alguns casos. Ainda segundo Cunha, se, por exemplo, a lei nova não apresentar forma compatível com os atos já realizados, ou se suprimir todas as formas que estruturavam o processo pendente, a aplicação da lei antiga perdurará para reger o processo. (CUNHA, 2016, p. 26).

Já no segundo sistema, leva-se em conta que o processo é dividido em fases, mais ou menos separadas ou concentradas, de modo que cada uma delas pode ser vista isoladamente, como uma unidade processual. São elas, as fases: postulatória, instrutória, decisória, recursal e de cumprimento da sentença. Assim, a lei regula toda uma fase. “Cada fase é regida pela lei em vigor no momento em que ela teve início”. (CUNHA, 2016, p. 26).

Por derradeiro, no sistema do isolamento dos atos processuais (iii), cada ato processual deve ser considerado isoladamente, único, e será regido pela lei em vigor no momento de sua prática. Com isso, não se consideram as fases do processo, mas cada ato isoladamente. (CUNHA, 2016, p. 27).

Qual seria, então, o sistema adotado pelo CPC vigente?

O art. 1.046 (CPC) estabelece que, ao entrar em vigor, as suas disposições devem ser aplicadas aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/73. Já o seu art. 14 preceitua o seguinte:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Sendo assim, para Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 29):

O CPC-2015, ao tratar da sua aplicação no tempo, mais propriamente nos arts. 14 e 1.046, adotou o sistema do isolamento dos atos processuais. Logo, cada ato deve ser considerado isoladamente, aplicando-se, para cada um, a lei em vigor no momento de sua prática.

Para José Eduardo Carreira Alvim (2016, p. 257):

(...) c) O sistema de isolamento dos atos processuais afasta a aplicação da lei nova em relação aos atos já encerrados, aplicando-se apenas aos atos processuais a serem ainda praticados. Este sistema foi consagrado pelos Códigos de Processo Civil e Penal, que asseguram que a norma processual não tenha efeito retroativo, provendo somente para o futuro, para atos processuais ainda não realizados quando de sua entrada em vigor.

Analisando o sistema do isolamento, assevera Guilherme Amaral (2016, p. 78):

Muito embora reconhecamos no processo uma entidade complexa, na qual os atos que se sucedem se inter-relacionam, tal visão não impede a aplicação da teoria dominante na doutrina de direito intertemporal processual, que é a do *sistema do isolamento dos atos processuais*. Segundo esse sistema, “a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se”.

Embora a questão do direito intertemporal comporte uma análise mais aprofundada, é partindo dessas considerações iniciais que analisaremos a aplicação das regras, cuja problemática, relacionada ao cabimento do recurso de embargos infringentes (previsto no art. 530 do CPC/73) e ao mecanismo do art. 942 do atual CPC, já chegou ao Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma ocasião.

De fato, como ressaltado por Daniel Amorim Assunção Neves, as dificuldades práticas decorrentes da aplicação das regras de direito intertemporal são notórias, em especial na definição do caso concreto do que sejam situações consolidadas sob a vigência da norma revogada (2018, p. 53).

2. PROBLEMÁTICAS DE DIREITO INTERTEMPORAL RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES E A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC QUE CHEGARAM AO STJ OU SÃO APONTADAS NA DOUTRINA

No primeiro caso do STJ examinado, AgInt nos EDeI no REsp 1685043/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado pela Terceira Turma, em 20/02/2018, o Tribunal de origem deixou de aplicar a técnica do artigo 942 do CPC em um recurso de apelação, cujo resultado foi por maioria de votos, porque o julgamento teve início na vigência do CPC de 73, muito embora o ato tenha se encerrado sob a égide do novo Código. Endossando tal entendimento, a Corte Superior ressaltou que, à luz do princípio *tempus regit actum* e da teoria do isolamento dos atos processuais, os atos devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, sob pena de indevida retroação da lei para alcançar atos já consumados.

Em outra oportunidade, no REsp 1687381/DF, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, também tratando de hipótese na qual o início do julgamento do recurso de apelação perante o Tribunal

a quo se deu quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 73, tendo a sua conclusão ocorrido na vigência do CPC/15, o colegiado considerou que esta circunstância, igualmente ao AgInt nos EDcl no REsp 1685043/SP, não implica na obrigatoriedade de adoção da técnica processual de ampliação do quórum para deliberação.

Conforme consta do voto do relator do recurso, Ministro Francisco Falcão, para esclarecer e orientar situações advindas da transição de regras processuais aplicáveis, o STJ editou alguns enunciados, dentre os quais destacou o de número 2, segundo o qual

(...) aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73, relativos a decisões publicadas até 17/03/2016, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Assim, na hipótese do REsp 1687381/DF, o recurso havia sido interposto em 19/02/2015 e o início do seu julgamento ocorreu em 09/12/2015, ou seja, tudo na vigência do antigo CPC/73, entendeu a Corte Superior que o fato de a conclusão do ato só ter se dado em 16/04/2016, por si só, não implicaria na obrigatoriedade de adoção da técnica de julgamento do art. 942, sob enfoque.

Considerando, entretanto, o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual os atos devem observar a legislação vigente ao tempo de sua prática, assim como a teoria do isolamento dos atos processuais, já analisada, indaga-se, nas duas situações enfrentadas pelo STJ: qual era a legislação vigente no momento da proclamação do resultado, ou seja, da conclusão do julgamento?

Antes de responder, imagine-se a seguinte situação: determinado julgamento teve início em 09/12/2015, mas, devido a um pedido de vista, ao recesso natalino, à demora na análise dos autos, ou qualquer outro motivo, a sua continuidade ocorreu em 01/06/2016, ou seja, já na vigência do CPC/15. Neste exemplo, havendo resultado inicial não unânime, será aplicada a técnica de julgamento do art. 942 do CPC por ocasião proclamação do resultado? Pensamos que sim.

Da mesma forma, nos casos alhures, embora o início dos julgamentos tenha sido ainda na vigência do CPC/73, a legislação no momento da proclamação dos resultados não unânimes era o CPC/15.

Vale destacar que, apesar da referência feita pelo STJ ao enunciado administrativo 2 daquela Corte, não se está diante de um requisito de admissibilidade recursal¹. Na verdade, a técnica sob enfoque, constante no Livro III, Capítulo II –

1 Os arts. 997, §2º, e 1.028, *caput*, do CPC de 2015 designam como “requisitos” ao conjunto das condições que tornam admissível o recurso. (ASSIS, 2018, p. 171).

Da Ordem dos Processos no Tribunal, do CPC, que não ostenta natureza recursal, configura regra de julgamento, um procedimento a ser praticado, de ofício, sempre que “o resultado do julgamento for não unânime”, em respeito ao preceito em vigor no momento da sua prática (art. 942).

Mesmo porque, para fins de averiguação da lei processual no tempo no tocante aos procedimentos a serem praticados, o próprio STJ editou enunciado específico, qual seja:

Enunciado administrativo n. 4. Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Sendo assim, se houve uma mudança na dinâmica de julgamento de alguns recursos (apelação ou agravo de instrumento, por exemplo) e da ação rescisória, por ocasião de eventual resultado inicial não unânime, a regra do art. 942 do CPC deve ser observada, independentemente da manifestação da vontade das partes:

(...) o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

Com efeito, embora devam ser preservados os atos já praticados, entre eles os referentes à admissibilidade (aqueles editados no enunciado 2 do STJ) do recurso que está sendo julgado, as regras de julgamento a serem aplicadas serão sob o manto da lei posterior (a vigente), isso porque, nos termos do art. 14 do CPC, a norma processual deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, não havendo, inclusive, direito adquirido à “manutenção de regime jurídico” (o que se costuma conceituar como ‘conjunto sistematizado de normas que regem determinado instituto’). (CUNHA, 2016, p. 16).

Neste sentido, tratando mais especificamente de direito adquirido processual e do regime jurídico processual a ser aplicado, esclarece Leonardo Cunha:

Há direito adquirido processual, mas não há direito adquirido a regime jurídico processual, ou melhor, não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico processual. Com efeito, nas palavras de Eduardo Espinola e de Eduardo Espinola Filho, “É princípio aceito que não existe um direito adquirido às formas processuais, porque o

Estado, na tutela dos direitos, é sempre autorizado a estabelecer as formas, medidas e garantias, que se afigurem mais idôneas e oportunas; e, igualmente, não se pode configurar que a forma estabelecida na lei processual antiga haja constituído, para as partes, uma situação jurídica definitiva, que se tenha de respeitar”. No mesmo sentido, segundo afirma Carlos Roberto Gonçalves, “A mudança de rito procedimental, introduzida pela lei nova, afeta a relação processual já iniciada, sob forma diversa, ao tempo da lei revogada. O *modus procedendi* não é efeito dos atos anteriormente praticados, e por isso deve ser aplicada a lei posterior, muito embora válidos sejam os atos que se realizaram e se moldaram na forma da lei antiga”.

Aplicando o sistema do isolamento dos atos processuais, exatamente nas hipóteses de julgamento de recursos que apenas tiverem início sob a vigência do Código revogado, ensina ainda Leonardo Carneiro da Cunha:

(...) pelo sistema do isolamento dos atos processuais (adotado nos arts. 14 e 1.046 do CPC-2015), o ato a ser praticado é regido pela nova lei. Ainda que o recurso, o incidente ou o processo originário tenha se iniciado sob a vigência do Código revogado, o julgamento, que se realize durante a vigência do novo Código, há de observar as citadas regras (CUNHA, 2016, p. 69).

Também tratando da regra de procedimento a ser observada pelos magistrados por ocasião do julgamento, assim como a necessária observância da lei de regência, no momento da prática do ato jurídico correspondente, a Corte Especial do STJ firmou o seguinte entendimento:

(...) no que diz respeito ao procedimento recursal, deve ser observada a lei que vigorar no momento da interposição do recurso ou de seu efetivo julgamento, por envolver a prática de atos processuais independentes, passíveis de ser compatibilizados com o direito assegurado pela lei anterior. (EDcl no AgRg no MS 21.883/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 16/11/2016, DJe 06/12/2016).

No recurso acima, o embargante alegou que, no caso, houve cerceamento de defesa por não lhe ter sido dada a oportunidade de sustentação oral na sessão de julgamento do agravo regimental, ocorrida em 04/05/2016, já sob a égide da nova lei processual, devendo, por conseguinte, ser declarada a nulidade do acórdão embargado e realizado outro julgamento com observância do rito previsto no CPC de 2015.

Cumprе trazer trecho esclarecedor do voto do relator do recurso, nos EDcl no AgRg no MS 21.883/DF, no qual faz referência expressa a própria técnica de julgamento do recurso prevista no art. 942. Vejamos:

A questão cinge-se a definir se a lei vigente ao tempo em que publicada a decisão recorrida regulará toda a fase recursal ou apenas os requisitos de admissibilidade do recurso.

Cabe lembrar que a legislação brasileira adotou a teoria do isolamento dos atos processuais, tomando-os separadamente dos demais para identificar a lei aplicável a cada um.

Adotou o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual a lei processual aplica-se aos processos pendentes, incidindo sobre os atos processuais a serem praticados. Todavia, o legislador preservou aqueles atos já praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (arts. 1.211 do CPC/1973 e 14 e 1.046 do CPC/2015), cuidado que decorre do comando constitucional insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Assim, a lei vigente ao tempo em que publicada a decisão recorrida disciplinará as regras de cabimento do recurso, pois ali estará consolidado o direito da parte à interposição do recurso então previsto, consoante já assentado pela jurisprudência do STJ.

Já no que diz respeito ao procedimento recursal, deverá ser observada a lei que vigorar no momento da interposição do recurso ou de seu efetivo julgamento, por envolver a prática de atos processuais independentes, passíveis de ser compatibilizados com o direito assegurado pela lei anterior.

Assim, por exemplo, se a nova lei processual passar a prever o pagamento de preparo, ainda que a decisão recorrida tenha sido publicada na vigência da lei anterior, mas ocorrendo a interposição do recurso cabível sob a égide da novel legislação, o preparo deverá ser recolhido, sob pena de deserção. O mesmo se diga em relação às mudanças na técnica de julgamento do recurso.

Basta pensar na nova técnica de ampliação de quórum prevista no art. 942, caput, do CPC/2015 à hipótese de falta de unanimidade no julgamento de apelação. Todas as apelações interpostas sob a égide do CPC/1973 e que venham a ser julgadas na vigência do CPC/2015 deverão observar a nova regra.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração com efeitos modificativos, para anular o julgamento do agravo regimental e determinar que outro seja realizado, concedendo-se ao patrono da parte a oportunidade de sustentação oral.

É preciso atentar-se para a autonomia de determinados atos, ainda que dentro de uma mesma sessão de julgamento, e para a distinção entre requisitos

de admissibilidade do recurso e regras de procedimento que deverão, obrigatoriamente, ser observadas pelos magistrados no momento da prática do ato jurídico correspondente, sob pena de nulidade de todo o julgamento.

Sobre o ponto, recentemente, no REsp 1.762.236-SP, julgado em 19/02/2019, a Terceira Turma do STJ foi instada a analisar a incidência ou não da técnica do art. 942 nas hipóteses em que sessão de julgamento teve início no CPC/73, mas o resultado só foi proclamado na vigência do CPC/15, tendo prevalecido, na ocasião, o voto vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, firmando-se tese no sentido de que:

A data da proclamação do resultado do julgamento não unânime é que define a incidência da técnica de ampliação do colegiado prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Embora a conclusão firmada pela Corte Superior corrobore a proposta de entendimento aqui também trazida, é possível verificar que no REsp 1.762.236-SP houve divergência no tocante aos fundamentos da decisão. Para uma melhor compreensão da controvérsia, vale situar o leitor no contexto da discussão.

No caso examinado, na origem, uma demanda foi julgada improcedente, sobrevivendo apelação, cujo acórdão, por maioria, negou provimento ao recurso. Em sede de recurso especial, alegou-se a nulidade da decisão da segunda instância, ante a não observância do artigo 942 do CPC/15. Isso porque, embora a sessão de julgamento do apelo tenha se iniciado em 16/03/2016 (ou seja, ainda em vigor o CPC/73), com a sua suspensão devido a um pedido de vista, o recurso só retornou ao colegiado para conclusão do julgamento em 06/04/2016 (já vigente o CPC/15), quando foi aberta a divergência e concluído o julgamento.

Como se vê na parte da ementa acima transcrita (REsp 1.762.236-SP), restou definido o diploma adjetivo que regularia o julgamento colegiado que se iniciou sob a vigência do CPC/73, mas findou já sob a égide do CPC/15, concluindo-se, noutras palavras, que, ainda que a sessão do julgamento tenha se iniciado sob a égide do CPC/73, caso o resultado vir a ser proclamado já na vigência do CPC/15, há de se observar o regramento do Novo Código.

Ao manifestar sobre a questão, divergindo da tese firmada, justificou a Ministra Nancy:

(...) a incidência, no particular, das regras da nova codificação adjetiva decorrem do fato de que, na data da publicação do acórdão recorrido – momento definidor do regime recursal aplicável, segundo enunciado administrativo n. 2 do STJ –, já estava em vigor o novo

regramento processual.

Esse entendimento, portanto, não conduz à aplicação retroativa da nova lei, sobretudo quando se verifica que a própria sessão de julgamento em que foi apreciado o recurso em questão encerrou-se após a entrada em vigor do CPC/15.

Na ocasião, em voto vista apresentado no REsp 1.762.236-SP, o Ministro Marco Aurélio Bellize, vencedor em seus fundamentos, defendeu, contudo, que, embora o art. 14 tenha adotado em matéria de direito intertemporal a teoria do isolamento dos atos processuais, não é adequado sustentar ser por isso que se impõe a observância das novas regras processuais à sessão de julgamento que, embora iniciada sob a vigência do CPC/73, não se encontrava concluída, sob pena de surgirem dúvidas a respeito da incidência imediata de outras regras introduzidas pelo CPC/15 sobre as sessões de julgamentos em curso durante o período de transição entre os dois códigos. Para ele:

Ainda que seja dividido em múltiplas sessões, o julgamento colegiado constitui um ato processual uno, motivo pelo qual, pela aplicação estrita da teoria do isolamento dos atos processuais, tendo se iniciado sob a égide do CPC/1973, esta legislação que, em princípio, disciplina o procedimento por meio do qual deverá se desenvolver. Do contrário, qualquer alteração de natureza procedimental - como, apenas a título de exemplo, nas regras que estabelecem o cabimento de sustentação oral ou disciplinam os poderes do Relator - poderia produzir efeitos imediatamente sobre os julgamentos já em curso, apenas suspensos por eventuais pedidos de vista, o que não se admite.

Em sendo assim continua:

(...) a incidência imediata do CPC/2015 e da técnica de ampliação do colegiado sobre o julgamento colegiado pendente de conclusão não é propriamente uma consequência da adoção da teoria do isolamento dos atos processuais, mas, sim, uma exceção a esta, que se justifica por dois motivos:

- (a) a natureza jurídica *sui generis* do art. 942 do CPC/2015, e
- (b) o fato de que o julgamento em órgãos colegiados é ato de formação complexa que se aperfeiçoa apenas com a proclamação do resultado, inexistindo situação jurídica consolidada ou direito adquirido de qualquer das partes a determinado regime recursal que impeça a aplicação imediata da regra processual em tela, a partir de sua entrada em vigência, respeitados os atos já praticados sob a legislação anterior.

Apesar da fundamentação acima ter prevalecido neste último julgado da Corte Superior (REsp 1.762.236-SP), no sentido de que a aplicação imediata da técnica do art. 942 é uma exceção a teoria do isolamento dos atos processuais, continuamos a discordar apenas dos fundamentos acolhidos.

No nosso sentir, é, sim, partindo da teoria do isolamento dos atos processuais que, efetivamente, não apenas a técnica de julgamento sob enfoque, mas também outras alterações de natureza procedimental (por exemplo, regras de sustentação oral); terão a produção dos seus efeitos, de forma imediata, aos julgamentos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada, na forma do art. 14 do CPC.

Imagine a seguinte situação: uma sessão de julgamento tem início na vigência do CPC/73, mas, após leitura do relatório, por ocasião de falta de energia elétrica, o julgamento foi suspenso, de modo que o recurso só veio a ser julgado na semana seguinte, já sob a égide do CPC/15. No caso, na segunda sessão, eventuais alterações procedimentais trazidas no novo CPC, por força do art. 937 ou do 941, teriam que ser observadas, respeitados os atos processuais já praticados e as situações consideradas? Pensamos que sim.

Ora, conforme já repetidamente elucidado, o tempo rege o ato e o art. 14 do CPC consagrou a teoria do isolamento dos atos processuais, e, dado a isso, por assim definir, imperioso atentar-se para a autonomia de determinados atos, ainda que dentro de uma mesma sessão de julgamento.

Mas não só. Cabível igualmente a necessária observância, por parte dos julgadores, de alterações de natureza procedimental, como se extrai do enunciado administrativo 4 do STJ, mais uma vez aqui transcrito:

Enunciado administrativo n. 4 Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Com isso, reiteramos ser a adoção da teoria do isolamento dos atos processuais (arts. 14 e 1.046 do CPC), não a sua exceção, que embasa a necessária observância do mecanismo do art. 942 ao recurso ou processo originário, cujo julgamento tenha se iniciado sob a vigência do Código revogado, mas o resultado não unânime deu-se em sessão realizada sob a égide do novo Código. Isso porque, tratando-se de uma regra de procedimento, impõe-se a observância da lei de vigência no momento da prática do ato jurídico correspondente.

Seguindo noutra problemática, em mais um caso do STJ, no REsp 1720309/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, da Terceira Turma, julgado em 07/08/2018, a questão foi assim posta: um recurso de apelação interposto foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo o seu provimento negado, por maioria de votos, na vigência do CPC/73, sendo que o acórdão lavrado só veio a ser publicado na vigência do atual CPC. Reforça-se que apenas a publicação da decisão se deu no âmbito da lei nova. A parte vencida teria, então, a possibilidade de se utilizar dos embargos infringentes?

O acórdão recorrido posicionou-se no sentido de que, na hipótese, não seria cabível a utilização da técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC, não vigente à época do julgamento (13/10/2015), isso porque regia o CPC/73, que não continha a mesma regra. Por outro lado, para o tribunal *a quo*, no caso concreto, nem mesmo seria possível a interposição, pelo então embargante, dos embargos infringentes, previsto no diploma revogado, já que o julgamento do apelo, por maioria, manteve a sentença proferida em seu desfavor.

Não custa registrar, por oportuno, que, nos termos do art. 530 do CPC/73, os embargos infringentes eram cabíveis “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito”.

Pois bem, no julgamento do REsp 1720309/RJ, para analisar a regra processual aplicável ao caso, a relatora do processo, Ministra Nancy Andrichi, enfatizou, em seu voto, ser indispensável o exame do art. 14 do CPC, que adotou a teoria do isolamento dos atos processuais. Segundo sustentou, na hipótese em apreço, também existem dois atos processuais. O primeiro foi a própria sessão de julgamento do recurso, que teve o seu efetivo encerramento, com a proclamação do resultado, ainda sob a vigência do CPC/73; o segundo, a intimação do acórdão na imprensa oficial, que, embora se relacione ao ato anterior, possui autonomia e tem função própria, qual seja, servir como termo inicial para eventuais prazos que devam ser cumpridos.

Assim, embora reconheça a existência de precedente daquela Corte Superior, por meio dos quais se verifica a data de intimação do acórdão na imprensa oficial para fins de aferir o regime recursal cabível (requisito de admissibilidade), é possível excepcionar aquele critério quando verificar ser incompatível com o ordenamento jurídico ou insuficiente para solucionar a questão de direito intertemporal.

Pelo entendimento adotado, há diferença ontológica entre o recurso de embargos infringentes e a técnica de julgamento do art. 942 do CPC. No caso, a fixação da data da intimação do acórdão recorrido como elemento definidor do regime recursal aplicável resultaria em retroatividade da lei nova para alcançar um

ato jurídico perfeito, o que não é admissível no ordenamento pátrio, além de estar a regra estampada no art. 14 do CPC, transcrito alhures. Desse modo, o regime recursal a ser observado deverá ser o da lei vigente ao tempo da proclamação do resultado, ou seja, o CPC/73, de forma que seria cabível a interposição do recurso de embargos infringentes no caso concreto.

Naquele caso, entendeu a Ministra Nancy Andrighi (REsp 1720309/RJ):

(...) constata-se que esse critério é claramente insuficiente para a resolução de todas as questões relacionadas ao direito intertemporal, sobretudo quando houver distinção substancial entre institutos previstos no CPC/73 e no CPC/15, tornando a aplicação da referida regra nitidamente incompatível com o ordenamento jurídico.

E a hipótese em exame é um exemplo bastante significativo desse entendimento, na medida em que a doutrina, majoritariamente, reconhece a existência de uma diferença ontológica entre os embargos infringentes (art. 530 do CPC/73), reconhecidamente um recurso, e a ampliação de colegiado na hipótese de divergência (art. 942 do CPC/15), indiscutivelmente uma técnica de julgamento.

(...).

Na hipótese, admitir que o julgamento do recurso de apelação ocorrido na vigência do CPC/73 se submetesse a incidência de uma técnica de julgamento criada no CPC/15 apenas porque as partes foram intimadas do acórdão recorrido pela imprensa oficial quando já estava em vigor a nova legislação processual equivaleria, em última análise, a cancelar a retroatividade da lei nova para atingir um ato jurídico praticado sob o manto da lei revogada, violando o art. 14 do CPC/15.

Dessa forma, aplicando-se o direito à espécie e tendo como fundamento a teoria do isolamento dos atos processuais, deve se reconhecer que o acórdão recorrido era impugnável por embargos infringentes, de modo a estabelecer como marco temporal para definição do recurso cabível, nessa hipótese específica, não a intimação do acórdão pela imprensa oficial, mas sim a data da proclamação do resultado do julgamento, que ocorreu ainda na vigência do CPC/73.

(...).

Bastará pensar em dois processos sobre idêntica questão de direito, julgados numa mesma sessão do Tribunal. Um deles é publicado poucos dias depois, ainda vigente a lei antiga; o outro após a entrada em vigor da lei nova. A adotar o critério do “dia da publicação”, contra o primeiro acórdão caberá o recurso que a lei nova veio a extinguir; contra o segundo, tal recurso não mais será admitido, o que importará em quebra, sem motivo maior que a justifique, da regra da isonomia processual (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Os “novos”**

embargos infringentes e o direito intertemporal in Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, v. 0, nº 1, p. 177, jan./mar. 2016. (...).

A questão ainda deve ser examinada pela Corte Superior de Justiça em outras ocasiões, mas, no último precedente analisado, há balizas suficientes para uma solução.

Sobre este último caso analisado, um esclarecimento se faz necessário. Na realidade, o acórdão recorrido não divergia do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, em tese, admitia-se a aplicação do CPC/73 para fins de análise do recurso cabível, muito embora a decisão colegiada recorrida apenas tivesse sido publicada já na vigência do CPC/15. Ocorre que, no caso concreto, os requisitos elencados no art. 530 do CPC/73 não se faziam presentes.

Ainda com relação às problemáticas de direito intertemporal, que podem surgir para fins de análise da incidência do art. 942 do CPC, ou da possibilidade de manejo dos infringentes, situação interessante é levantada pelo professor Leonardo Carneiro da Cunha em sua obra **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil** (2016, p. 78):

É possível, porém, que ocorra uma situação curiosa: imagine-se que o resultado seja divulgado e o acórdão não unânime seja lavrado ainda na vigência do CPC-1973, mas a parte interessada, em vez de interpor embargos infringentes, resolva opor embargos de declaração. Estes, como se sabe, interrompem o prazo para outros recursos, por qualquer das partes. Imagine-se, ainda, que os embargos de declaração sejam julgados já na vigência do CPC-15. Nesse caso, não mais caberão embargos infringentes e, de igual modo, não se poderá aplicar o art. 942 do novo Código. Nessa hipótese, não haverá possibilidade nem de uma coisa nem de outra.

Isso porque, quando o resultado fora anunciado, ainda não estava em vigor o novo Código, não podendo o seu art. 942 ser aplicado, sob pena de inadmissível retroatividade. Ao serem julgados os embargos de declaração, já não havia mais direito aos embargos infringentes, não podendo mais ser interpostos.

Em que pese o argumento do professor Leonardo Cunha, na hipótese aventada, entendemos que outra solução poderia ser adotada, para garantir a interposição do recurso de embargos infringentes, ou até mesmo, em alguns casos, a própria aplicação do mecanismo do art. 942.

Partindo da premissa de que o resultado do julgamento do apelo, que reformou uma sentença de mérito, teve o acórdão lavrado ainda na vigência do CPC/73, mas a parte interessada, ao invés de interpor embargos infringentes, opôs

embargos de declaração, os quais foram rejeitados já na vigência do novo CPC, entendemos que, ainda assim, seria cabível a interposição do recurso de embargos infringentes contra o acórdão proferido em sede da apelação.

É que, tendo em vista a natureza integrativa dos embargos de declaração, a qual não lhe é retirada quando rejeitados, como já reconhecido na jurisprudência do STJ², na verdade, ao se utilizar dos aclaratórios, o que o embargante pretende é o esclarecimento da decisão proferida, no caso, em sede de apelação. Nessas considerações, depois de obter, ou não, a finalidade pretendida, poderá a parte interpor embargos infringentes. O recurso, então, é cabível.

Ora, por ocasião do julgamento do apelo, não se poderia falar em aplicação da técnica de julgamento do art. 942, mecanismo até então inexistente. Inobstante, no que se refere à possibilidade, ou não, de utilização dos embargos infringentes, “a lei a ser aplicada é aquela vigente no momento que surge para a parte o direito subjetivo” ao recurso que se pretende fazer uso, ou seja, a partir da emissão do provimento judicial do apelo, o qual que seria impugnado na via infringencial.

Ao tratar do nascedouro do direito subjetivo ao recurso, a partir da proclamação do resultado da decisão, ensina Araken de Assis (2017, p. 483):

A proclamação do resultado exibe expressiva relevância no plano jurídico. Esse ato solene encerra o julgamento. A decisão se torna definitiva e irrevogável. Neste preciso momento, decidiu a Corte Especial do STJ, resolvendo o problema das restrições à admissibilidade dos embargos infringentes, na última forma do CPC de 1973, e expondo o mais eloquente exemplo da importância decisiva da proclamação, nascerá direito à nova impugnação.

Sendo assim, a retirada do recurso de embargos infringentes do atual CPC, a par da proclamação do resultado do apelo, não retira da parte um direito já constituído, sob pena de violação a uma situação jurídica consolidada sob a vigência da norma revogada, em afronta ao art. 14 do CPC, justamente para que a parte não seja penalizada pela retroatividade da lei para alcançar ato acabado.

A propósito, o STJ, por ocasião do julgamento do AgRg no AgRg no AgRg nos EREsp 1114110/SC, de relatoria do Ministro Og Fernandes, na Corte

² STJ. Resp. 1.691.373-MG, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, na Terceira Turma, julgado em 07/12/2018. “(...) a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de afirmar que os embargos de declaração possuem uma função integrativa, destinada a sanar vícios eventualmente existentes na decisão embargada. (...) Portanto, inescapável a conclusão segundo a qual os embargos de declaração cumprem a relevante função de integrar as decisões judiciais, permitindo seu contínuo aperfeiçoamento, mediante a colaboração entre julgadores e cidadãos. Essa importante missão dos embargos de declaração não lhe é retirada quando são rejeitados. Ao contrário, ao analisar novamente a decisão prolatada, o julgador tem a oportunidade de revê-la e, na ausência de vícios, confirmá-la. Assim, a função integrativa dos embargos de declaração é cumprida mesmo nas hipóteses em que há sua rejeição. (...)”.

Especial, manifestou-se no sentido de que:

(...) 1. Para a aferição da possibilidade de utilização de recurso suprimido ou cujas hipóteses de admissibilidade foram restringidas, a lei a ser aplicada é aquela vigente quando surge para a parte o direito subjetivo ao recurso, ou seja, a partir da emissão do provimento judicial a ser impugnado. 2. No caso dos embargos infringentes, o que se visa impugnar é precipuamente o acórdão proferido em sede de apelação, nascendo, nesse momento, para a parte, o direito de interpor o recurso, razão pela qual este deve ser o marco temporal considerado para fins de definir qual será a legislação aplicada à espécie. 3. O fato de terem sido opostos embargos de declaração, julgados após a alteração da lei processual, a qual restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não tem o condão de extirpar da parte o direito constituído a interpor o aludido recurso, que se perfectibilizou no momento do julgamento da apelação. 4. Proferido o julgamento da apelação sob a égide da redação primitiva do art. 530 do Código de Processo Civil, aos embargos infringentes aplicam-se as normas então vigentes. (...).

Portanto, entendemos pela viabilidade do cabimento do recurso de embargos infringentes contra decisão proferida em sede de apelação, sob a égide do CPC/73, ainda que opostos embargos de declaração, julgado já na vigência do CPC/15, e desde que atendidos os requisitos de admissibilidade constantes do art. 530 do Código anterior.

Ademais, sem entrar na discussão quanto à possibilidade ou não de incidência da técnica de julgamento do art. 942 em sede de embargos de declaração, e já partindo da premissa de que seria possível, no exemplo imaginado (de oposição de embargos de declaração só julgado da vigência do CPC/15), mesmo que o acórdão do apelo tenha sido lavrado e publicado ainda na vigência do CPC/73, outra solução poderia ser dada.

Se, por exemplo, já na vigência do CPC/15, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos contra a decisão proferida em apelação (interposta e julgada sob a égide do CPC/73), o colegiado, por maioria de votos, estiver prestes a acolher os aclaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes, será possível, também, a aplicação da técnica de julgamento do art. 942, pois, como já visto, trata-se de uma regra procedimental, a ser observada durante o efetivo julgamento, tendo em vista que o art. 14 do CPC consagrou o sistema do isolamento dos atos processuais, diga-se, cada ato deve ser considerado isoladamente, de forma única, e deve ser regido pela lei em vigor no momento de sua prática.

Quanto à aplicação da técnica do art. 942 em sede de embargos de decla-

ração, várias outras situações poderiam ser analisadas para uma melhor compreensão da matéria, não sendo este, contudo, o objetivo principal deste artigo. Para fins de aplicação do mecanismo aos processos em curso, sob o ponto de vista do direito intertemporal, o que se quer deixar claro, até aqui, é que as razões para a sua incidência não se confundem com as que levam ao cabimento dos infringentes, estes de natureza recursal.

Como enfatizado por diversas vezes neste ensaio, a técnica do art. 942 não ostenta natureza recursal, configurando verdadeira regra de julgamento, um *modus procedendi*, um procedimento a ser praticado, de ofício, nos termos postos pela lei nova, quando “o resultado do julgamento for não unânime”. Por isso, partindo da teoria do isolamento dos atos processuais, consagrado no art. 14 do CPC, assim como do princípio do *tempus regit actum*, por se tratar de regra procedimental, a produção dos seus efeitos é imediata aos julgamentos em curso, respeitados os atos anteriormente praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

O cabimento do recurso de embargos infringentes, por sua vez, tem fundamento no fato de que, em algumas situações, a lei a ser aplicada, para tanto, deve ser aquela vigente quando surge para a parte o direito subjetivo ao recurso que se pretende fazer uso, ou seja, a partir da emissão do provimento judicial que seria impugnado na via infringencial. Dito isto, tem-se que a retirada do recurso de embargos infringentes do atual CPC não tem o condão de extirpar da parte direito já constituído, como visto, sob pena de violação a uma situação jurídica consolidada na vigência da norma revogada, em patente afronta ao art. 14 do CPC.

CONCLUSÕES

A par de todo o exposto nessas linhas, com base na legislação aplicável, na doutrina e, ainda, nos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça citados neste trabalho, conclui-se que:

- a) a técnica do art. 942 deve ser aplicada aos julgamentos finalizados sob a égide do novo Código (seguindo os parâmetros do próprio art. 942), em homenagem ao princípio do *tempus regit actum*, ainda que o recurso tenha sido interposto ou iniciado o seu julgamento ao tempo do CPC/73, preservando-se, contudo, os atos já praticados sob o manto da lei anterior (isolamento dos atos);
- b) por se tratar de regra de julgamento, de um *modus procedendi*, de procedimento processual a ser aplicado de ofício, o art. 942 produz efeito imediato aos julgamentos em curso, respeitados os demais atos, anteriormente

praticados, e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada;

- c) é cabível embargos infringentes contra decisão proferida em apelação na vigência do CPC/73, após julgamento dos embargos de declaração, já sob a égide do CPC/15, a fim de afastar violação a situação jurídica consolidada sob a regência da norma revogada (direito subjetivo ao recurso cabível na lei anterior, momento em que se deu o julgamento não unânime do apelo);
- d) por ocasião do julgamento dos embargos de declaração (já na vigência do CPC/15) opostos contra decisão proferida em sede de apelação (sob a égide do CPC/73), é possível que o colegiado, por maioria de votos, esteja prestes a acolher os aclaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes, o que leva a incidência da técnica de julgamento do art. 942.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**, 19ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Forense, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**, 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**, 9ª edição, revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**, 2ª edição, revista e atualizada. Malheiros Editores, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.