XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

FERNANDA NUNES BARBOSA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Angela Araujo da Silveira Espindola; Celso Hiroshi Iocohama; Fernanda Nunes Barbosa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre, Rio Grande do Sul, aconteceu entre os dias 14 de novembro a 16 de novembro de 2018, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito. Os Grupos de Trabalhos desenvolveram suas atividades com a apresentação de trabalhos no Campus da UNISINOS de Porto Alegre, ao lado da exposição de pôsteres, painéis, fóruns, oficinas, workshop e lançamento de livros. Na tradição do evento, fomentou-se o encontro de uma pluralidade de pensamentos e pesquisas em desenvolvimento ou produzidas pelas mais diversas regiões do país.

No Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I foram apresentados dezessete trabalhos, submetidos à discussão, com importantes trocas de experiências e sugestões. Representantes de vários programas de Mestrado e Doutorado puderam apresentar seus estudos de forma a também contribuir para com a formação jurídica dos presentes e para a área do Direito. Seus trabalhos, que formam a presente obra, são os seguintes:

01. O artigo (IR)RACIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA REFLEXÃO SOBRE CASOS NA JUSTIÇA DE PRIMEIRO GRAU de autoria de Laerte Radtke Karnopp e Maria Das Graças Pinto De Britto, trata de pesquisa empírica que aborda a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva de um modelo de racionalidade fundado em argumentos de autoridade, dedicando-se a analisar decisões de primeiro grau, buscando identificar características reveladoras da argumentação por autoridade e em que medida isto pode afetar a coerência interna do poder judiciário mediante a existência de decisões contraditórias entre si.

02. O artigo A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS A RESISTÊNCIA DE SUA OBSERVÂNCIA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de autoria de Elaine Harzheim Macedo e Camila Victorazzi Martta dedica-se a pesquisa doutrinária focada em analisar o princípio da motivação judicial e na crítica ao protagonismo judicial no STF, tendo por objeto questões históricas, formas de motivação e uma análise da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que introduz consequencialismo como objeto de fundamentação das decisões.

03. O artigo CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A CIÊNCIA SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES, de autoria de Mariana Bisol Grangeiro, faz uma análise crítica do art. 489, § 1º do NCPC sob a perspectiva da doutrina e, especialmente, sob a perspectivas dos conhecimentos científicos sobre o funcionamento do cérebro no processo de motivação.

04. O artigo O PRECEDENTE JUDICIAL E A ADSCRIÇÃO DE SENTIDO À CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO de Augusto Tanger Jardim e Fernanda Nunes Barbosa pretende explorar a necessidade da adoção de técnicas típicas de um sistema de precedentes para atribuir sentido às cláusulas gerais. A pesquisa, por meio do exame da evolução do precedente em uma determinada hipótese (a responsabilidade da seguradora da transportadora frente aos danos ocasionados por ato de terceiro em contrato de transporte terrestre de carga) teve por objetivo demonstrar que, no Brasil, as técnicas típicas de um sistema de precedentes já vêm sendo utilizadas desde muito, bem como que esta circunstância é inerente ao papel esperado das cortes supremas.

05. O artigo TÉCNICAS DA DISTINÇÃO NOS PRECEDENTES E RECURSOS REPETITIVOS: DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL E TECNOLOGIAS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO de Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves, trata das técnicas da distinção no direito processual civil brasileiro, em matéria de precedentes judiciais e de recursos repetitivos.

06. O artigo O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: CRÍTICA A AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO EM FACE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, de Augusto Rodrigues Porciuncula e Daiane Moura De Aguiar trata da necessidade de manifestação prévia das partes antes do juízo de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, verificando, assim, as implicações da ausência de previsão legal do contraditório e a possibilidade de adequação legislativa ou jurisprudencial desta omissão legislativa, culminando na conclusão de que a valorização do instituto na sociedade da informação, em especial, pela celeridade do processo eletrônico e necessidade da efetiva utilização dos bancos de dados dos Tribunais Superiores, somente será alcançada com a efetiva participação das partes no juízo de admissibilidade mediante a oportunidade do contraditório.

07) Partindo de uma perspectiva transdisciplinar, o artigo intitulado DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE À PRODUÇÃO NORMATIVA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA, de André Antônio Graciolli procura verificar a possibilidade e a legitimidade de se internalizar

este paradigma ao Direito, considerando o quadro de pluralidade e complexidade social que exige novas e adequadas soluções ao Direito.

08) Jean Carlos Menegaz Bitencourt e Sergio Menegaz apresentam seu estudo sob o título IN (APLICABILIDADE) DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA AÇÃO MANDAMENTAL. Neste sentido, analisam a sistemática implementada pelo referido artigo, que estabelece o prosseguimento da sessão em outra data a ser designada quando o resultado da apelação não for unânime, com o apontamento da natureza jurídica dessa técnica processual e análise jurisprudencial sobre o tema.

09) O CONTRADITÓRIO EFETIVO COMO FUNDAMENTO PARA DECISÕES DEMOCRÁTICAS E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA – UMA ANÁLISE A PARTIR DA TUTELA DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO, de Francele Moreira Marisco, analisa a importância da condução do processo de conformidade com os ditames constitucionais, dentro de uma perspectiva histórica e em consideração ao Estado Democrático de Direito, com a respectiva aplicação das normas fundamentais constitucionais.

10) O artigo A (IN)COMPATIBILIDADE DA CONTAGEM DO PRAZO EM DIAS ÚTEIS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988: REFLEXÕES ACERCA DA ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.467/2017 NO PROCESSO DO TRABALHO, de Max Emiliano da Silva Sena e Sérgio Henriques Zandona Freitas, aborda os efeitos da reforma trabalhista para o andamento do processo judicial perante a Justiça do Trabalho, tendo por base uma interpretação realizada a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

11) Com o foco no princípio do contraditório, Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves e Flávia Ávila Penido apresentam o artigo A APLICAÇÃO DA MULTA EM AGRAVO INTERNO – UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO STJ A PARTIR DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. O estudo busca o analisar julgamento do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela não aplicação automática da multa prevista no artigo 1021, § 4º, do Código de Processo Civil e sua repercussão na legitimidade decisória no processo civil.

12) O trabalho sob o título COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÃO NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, de Raimundo José de Sales Júnior, propõe analisar a

competência sob os enfoques constitucional e infraconstitucional, ao lado da contribuição doutrinária estrangeira e nacional, com o fito de indicar a extensão de sua aplicação e dos sujeitos aptos a exercê-la.

13) O trabalho intitulado FORUM NECESSITATIS: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA, de Paula Soares Campeão e Yandria Gaudio Carneiro, dedica-se ao estudo do princípio do forum necessitatis no Brasil como forma de evitar-se a denegação da justiça, a despeito da ausência de previsão expressa na legislação pátria. Fundamentando a sua defesa no princípio do acesso à justiça, as autoras abordam o tema a partir de sua origem até chegar à aplicação do princípio em ordenamentos alienígenas, por meio da apresentação de casos concretos.

14) Já o artigo NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, de Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, investiga a possibilidade de realização de convenções processuais em sede dos Juizados Especiais Cíveis, concluindo, ao final, que a especialidade da Lei 9.099/95 não exclui a flexibilização de seu procedimento por vontade das partes.

15) Também foi apresentada neste GT a pesquisa intitulada PROCESSO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL COMO FUNDAMENTO DE ALCANCE AO PROCESSO JUSTO, de Alexandra Mattos Silva. Nela a autora analisa os impactos do avanço das novas tecnologias no Processo Civil, com especial relevo para o processo eletrônico, assinalando se tratar de um caminho irreversível e necessário na contemporaneidade, mas que não pode obstaculizar direitos da parte ao desumanizar a prestação jurisdicional enquanto garantia constitucional de alcance ao processo justo.

16) No artigo PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, os autores Patrícia Brusamarello Nardello e Alexandre Fernandes Gastal apontam a importância do processo coletivo para a efetivação de direitos, fazendo uma análise crítica, no Brasil, do tratamento dado ao procedimento coletivo, especialmente após a edição do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que frustrou as expectativas de um tratamento adequado à questão, sob a justificativa de que o processo coletivo estaria suprido pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

17) Ainda, no trabalho AS DECISÕES NOS PROCESSOS QUE DISCUTEM O FUNRURAL E SUAS LACUNAS, de Murilo Couto Lacerda e Carolina Merida, procedeu-

se a uma abordagem analítica, de caráter exploratório, da questão jurídica discutida nos autos dos processos que examinam o FUNRURAL, apontando-se, no trabalho, a ausência de fundamentação nas referidas decisões, em desconformidade com o art. 93, IX, e art. 150 ambos da CF/88, além da violação ao princípio constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

Assim, recomenda-se a leitura dos textos produzidos, que se somam ao necessário debate que envolve a atividade jurisdicional, suas técnicas e instrumentos, sem perder de vista a efetividade para o plano material e à proteção dos jurisdicionados.

Angela Araujo da Silveira Espindola – Universidade Federal de Santa Maria - UFSM

Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense - UNIPAR

Fernanda Nunes Barbosa – Centro Universitário Ritter dos Reis

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

IN(APLICABILIDADE) DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA AÇÃO MANDAMENTAL

IN(APPLICABILITY) OF ARTICLE 942 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE IN THE MANDAMENTAL ACTION

Jean Carlos Menegaz Bitencourt [1]
Sergio Menegaz [2]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade ou não do artigo 942 do Código de Processo Civil por ocasião do julgamento não unânime de apelação no Mandado de Segurança. A pesquisa é de suma importância face a divergência jurisprudência na aplicação do novo sistema de julgamento o qual vem sendo equivocadamente interpretado como recurso. Optou-se na construção do trabalho pelo método dedutivo, por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial. Assim, o principal objetivo é de promover a verificação dos efeitos jurídicos da nova forma de julgamento quando ocorrer a divergência entre os julgadores do Tribunal.

Palavras-chave: Mandado de segurança, Julgamento não unânime, Sistemática de julgamento

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the applicability or not of Article 942 the Code on the occasion of the non-unanimous judgment of appeal in the writ of mandamus. The research is extremely important in view of the divergence of jurisprudence in the application of the new system of judgment which has been mistakenly interpreted as a resource. It was chosen in the construction of the work by the deductive method. Thus, the main objective is to promote the verification of the legal effects of the new form of judgment when there is divergence between the Court's judges.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Writ of mandamus, Non-unanimous judgment, Systematics of judgment

[1] Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado. Assessor Jurídico do Município de Capão Bonito do Sul. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF

[2] Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Advogado, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF

Introdução

A Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015, a qual aprovou o Novo Código de Processo Civil, extinguiu os Embargos Infringentes do rol dos recursos no processo civil.

O presente estudo tenciona analisar a (in)aplicabilidade do artigo 942 do Código de Processo Civil, por ocasião da apreciação de recurso na Ação Mandamental, considerando a nova sistemática de julgamento pelos Tribunais, quando não ocorrer o julgamento unânime dos recursos, sendo este seu objetivo. No que tange a metodologia a ser empregada para a pesquisa o método é o dedutivo.

O trabalho está estruturado da seguinte forma. Em primeiro lugar, analisar-se-á a importância do Mandado de Segurança como uma ação constitucional. O tópico seguinte ocupa-se da nova sistemática de julgamento quando a decisão do colegiado não for unânime na apreciação do caso concreto. Por fim, será estudado a (in)aplicabilidade do artigo 942 do Código de Processo Civil na ação mandamental.

1. A importância do Mandado de Segurança como uma Ação Constitucional

O constitucionalismo se refere a "positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva", corresponde a uma "segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico" (FERRAJOLI, 2011, p. 43).

Os direitos fundamentais são "direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como objetivo limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual" (DIMOULIS, MARTINS, 2009, p. 46-47).

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentabilidade formal dos direitos fundamentais resulta dos seguintes aspectos:

> a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da forma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Matins Neto, de direitos pétreos ...; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretas aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º, da CF). (SARLET, 2012, p. 73-74)

Para defesa dos direitos fundamentais, entre outras medidas, a Constituição Federal elenca como direito fundamental a ação mandamental no inciso LXIX, do artigo 5º:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Não se pode esquecer que a interpretação constitucional deve ser um processo público, o qual parte da ideia de formação e transformação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, cujo contexto contém processos públicos muito complexos, nos quais os mais concretos são os processos constitucionais que se referem as controvérsias no âmbito científico-jurídico e da própria comunidade cidadã. Portanto, a exegese constitucional deve ser entendida de maneira ampla, não contemplando apenas o sentido estrito do processo jurídico no âmbito dos Tribunais, mas em todos aqueles em que os cidadãos participam de maneira ativa ou passiva (HÄBERLE, 2002, p. 89).

Assim, o princípio da efetividade "sintetiza a ideia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível, ou melhor, no caso de dúvida, deve prevalecer a tese que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental" (MARINONI, 2008, p. 171).

Segundo o eminente jurista de Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo é conceituado da seguinte forma:

> [...] é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparado por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e de fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (MEIRELLES, 1998, p. 34-35)

Precisa é a lição de Fabrício Matielo:

> [...] em respeito ao ordenamento jurídico, deve-se reservar o mandado de segurança apenas para casos especiais, nos quais a liquidez e certeza do direito sejam tão candentes ao ponto de permitir imediata salvaguarda, não obstante precária, mediante o cumprimento das formalidades declinadas em lei. Para as demais situações, busque-se o caminho comum percorrido pelas demandas que precisam de profundos e exaustivos questionamentos, ou de provas mais detidas. (MATIELO, 2001, p. 60).

Quando a lei se refere a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu conhecimento de plano, para que seu exercício possa ser efetivo no momento da impetração.

Para Marçal, o manejo da Ação Mandamental, que tem natureza constitucional (MARÇAL, 2015, p. 1305), é remédio de suma importância para resguardar direito líquido e certo quando violado na ordem constitucional, administrativa ou tributária.

Assim, não resta dúvida que o Mandado de Segurança é remédio excepcional, garantido constitucionalmente contra ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

2. Nova sistemática de julgamento quando o resultado do colegiado não for unânime no recurso de apelação

Inicialmente, cabe referir que há uma diferença de resultado, unânime ou não, no caso impactara a obtenção de estabilidade e coerência das decisões (artigo 926, CPC), uma vez que o dissenso influência no grau de força a ser conferida às decisões-precedentes (NUNES, 2016, p. 40).

Para Conrado Hübner Mendes (2011, p.133)

> [...] a capacidade interpretativa singular da corte é uma mistificação que não se verifica na realidade. Os juízes de uma corte colegiada, no seu dia a dia decisório, negociam e barganham seus votos. A decisão final da corte, com frequência, consiste numa cacofonia de opiniões distintas longe da imaginada qualidade da argumentação com base em princípios.

Cabe referir ainda que há possibilidade expressa de durante a deliberação pública, mediante apresentação dos votos, os magistrados modificarem seu entendimento (artigo 941, parágrafo 1º, CPC).

> Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.
> § 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.
> § 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.
> § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Mesmo sem previsão expressa no Código de Processo Civil de 1973, a doutrina já entendia possível a alteração do voto:

> Não raro acontece que algum dos juízes, depois de votar, movido por argumentos novos, que se vêm a suscitar na discussão subsequente, ou pela melhora ponderação dos que já haviam sido suscitados, chega a convencer-se de que a solução correta é diferente daquela a cujo favor se manifestara. Seria absurdo proibir-se em termos absolutos a modificação do pronunciamento emitido, pois assim se eliminaria precisamente a grande vantagem do julgamento colegiado, que reside em propiciar a influência dos raciocínios expostos pelos diversos votantes sobre a formação do convencimento dos seus pares. Por outro lado, é intuitivo que a possibilidade de modificar o voto proferido não há de prolongar-se indefinitivamente, sob pena de comprometer, de modo intolerável, a estabilidade dos julgamentos e a segurança das partes. (MOREIRA, 2002, p. 650.)

Assim, até a proclamação do resultado pelo presidente do colegiado é possível a modificação do voto por parte dos julgadores (NUNES, 2016, p. 40).

A nova legislação processual estabeleceu que em alguns pronunciamentos dos tribunais não unânimes será possível a ampliação incidental do colegiado mediante a técnica disposta no artigo 942:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
> II - da remessa necessária;
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

A técnica adotada pelo dispositivo supra transcrito, faz com que quando o julgamento não seja unânime, haverá o prosseguimento da sessão, com a convocação de novos julgadores. Portanto, caso a decisão não seja unânime, o julgamento não se concluirá.

O novo CPC passa a dotar uma técnica de julgamento que pretende fazer as vezes dos Embargos Infringentes.

É interessante registrar que houve intensa discussão quando da elaboração do NCPC a respeito da supressão, ou não, dos embargos infringentes. Vingou a tese que defendia a supressão do recurso, mas não sem tentar, porém, conciliá-lo com as ponderáveis razões contrárias à sua eliminação. (WAMBIER, 2015, p. 942).

Alguns doutrinadores insistem em referir que a técnica adotada é um substitutivo de um recurso previsto no CPC-1973 (embargos infringentes), apresentando críticas pontuais quanto a nova sistemática de julgamento.

> É preciso verificar sob a perspectiva do processo constitucional se com a 'técnica de julgamento não unânime', é possível garantir o amplo espaço discursivo assegurado constitucionalmente, já que a mencionada mudança não prevê sequer a remessa de cópia das peças principais a todos os julgadores para permitir a revisão do acórdão não unânime e a análise detida e prévia de todo o conteúdo das questões a serem julgadas. Assim, constata-se que com a nova 'técnica de julgamento' há um risco considerável de a Turma Julgadora não ter sequer efetivamente prévio acesso à íntegra dos autos do processo, com prévia análise de todos argumentos e questões, o que acarretará, consequentemente, a ausência de debate de forma comparticipada, com garantia de influência, comprometendo-se a possibilidade de revisão do julgado. Outro ponto é que não seria razoável o prosseguimento do julgamento na mesma sessão, caso seja possível, diante da existência de Desembargadores suficientes para reverter o julgamento, em virtude de voto divergente, porque certamente contraditório e ampla defesa nesta hipótese seriam tão somente pro forma, já que não asseguram o devido processo legal de forma plena, diante da ausência na prática do amplo debate e menos ainda análise detida dos autos do processo, com decisão fundamentada em relação aos demais Desembargadores que passarem a julgar os embargos infringentes na mesma sessão em que se iniciou o julgamento com voto divergente. Não há como haver ampla defesa e comparticipação plena, com análise de todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas patês pelos novos julgadores, já que não há como fazer tal estudo na própria sessão de julgamento. (COUY, 2016, p. 62)

No entanto, Marinoni entende que houve sensibilidade ao fato de que a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida, submetendo o resultado não unânime à ampliação do debate, constituindo-se apenas um meio de provocar a ampliação do debate (2016, p.1.004).

A sistemática do artigo 942, deve ser interpretada como uma "verdadeira técnica de (re)julgamento, motivada pela falta de unanimidade, no tribunal, no que diz com o resultado no julgamento do recurso de apelação", sendo que em hipótese alguma, pode "ser confundida com expediente recursal, uma vez que, dentre outros, não exige ato volitivo de parte ou terceiro interessado para a sua utilização" (TORRES, 2017, p. 98-99).

Hermes Zaneti Junior, entende que a voluntariedade é requisito dos recursos, nega a natureza recursal da técnica, já que o prosseguimento se dá de ofício. O autor também nega que a técnica seja um incidente processual, pois o voto divergente não trata de uma nova questão surgida no curso do processo, tampouco origina a instauração de novo procedimento e remessa para outra Corte. Para o autor o artigo 942 trata-se apenas uma técnica de ampliação do julgamento a fim de qualificar o quórum das votações não unânimes. (ZANETI JR., 2015, p. 1478-1479).

Para Wambier, além da questão procedimental, há ainda, outra clara vantagem em relação aos embargos infringentes previsto no CPC/1973, diferentemente daqueles, a técnica de julgamento prevista no NCPC é mais ampla, porquanto tem lugar em qualquer julgamento de apelação (e não em apenas alguns) e também, expressamente, no caso de agravo (WAMBIER, 2015, p. 942).

Para que o novo formato seja utilizado, precisam ocorrer as seguintes situações: a) o julgamento seja em recurso de apelação e não haja unanimidade, não interessando se confirmando ou reformando a sentença; b) ocorrendo essa hipótese, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores; c) os novos julgadores serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial; d) nesse novo julgamento será assegurado às partes e a eventual terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores; e) sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão. (DIAS, 2016, p. 82-83).

Além disso, o parágrafo 3º, do artigo 942, CPC, exemplifica de forma exaustiva ainda os casos que possível a nova sistemática de julgamento não unânime. Já o parágrafo 4º, do mesmo dispositivo excepciona os casos em que não tem aplicabilidade o dispositivo em debate, ou seja, no caso de incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas, da remessa necessária e decisões não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Desta forma, a nova sistemática de julgamento do tribunal por ocasião da apreciação do recurso de apelação, não unânime, não pode ser equivocadamente entendida como substitutivo dos embargos infringentes, pois não tem natureza recursal.

3. A (in)aplicabilidade do artigo 942 do Código de Processo Civil na Ação Mandamental

Antes mesmo da edição da Lei Federal n. 12.016/2009, a qual afirma em seu artigo 25 que não cabem os embargos infringentes na ação mandamental, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já tinham se manifestado sobre o tema.[1]

A instigação para realização da presente pesquisa tem origem na decisão proferida nos Embargos Declaratórios número 70073243974, que tramitou pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual de forma totalmente equivocada, entendeu que na essência o artigo 942, do diploma processual traduz forma sui generis dos anteriores Embargos Infringentes expressamente excluídos pela Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n. 12.016/2009). Conclui então o acórdão que permanece em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis (parágrafo 2º, do artigo 1.046, do CPC), sendo inaplicável ao caso concreto o artigo 942 do CPC.

Dito entendimento vem sendo mantido pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento recente, aquele colegiado conclui pela inaplicabilidade do art. 942 do CPC ao Mandado de Segurança, já que (1) a Lei nº 12.016/2009, que disciplina o dito remédio processual não apenas no seu aspecto material, mas também processual e (2) o art. 942 do CPC traz forma equivalente aos embargos infringentes (Embargos de Declaração n. 70076550359).

Conforme analisado no capítulo anterior, o artigo 942, do Código de Processo Civil, disciplina a verdadeira técnica de (re)julgamento, motivada pela falta de unanimidade, no Tribunal, no que diz respeito ao resultado no julgamento do Recurso de Apelação, não tendo natureza recursal.

A primeira distinção está na posição topográfica da norma. O artigo 942 está inserido no Capítulo II ("Da ordem dos processos no Tribunal") do Livro III do CPC/15, enquanto os antigos Embargos Infringentes (art. 530 do CPC/73) situavam-se no capítulo X, que regulamentava os recursos. Apenas essa característica já demonstra a intenção do legislador de distinguir os institutos, demonstrando-se que a previsão não trata de recurso substitutivo. Em verdade, nem de recurso se trata, mas de nova técnica de julgamento a ser utilizada nos Tribunais.

[1] São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança (Súmula 294 do STF). Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação (Súmula 597 do STF). São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança (Súmula 169 do STJ).

Analisando a dinâmica estabelecida no artigo 942 do Código de Processo Civil, resta evidenciado que não se esta diante de hipótese substitutiva dos Embargos Infringentes, os quais somente tinham curso mediante recurso voluntário, o que não se dá no caso em análise, em que o prosseguimento do julgamento ocorre de ofício, bastando para tanto, que o julgamento tenha se dado de forma não unânime.

Como a hipótese do artigo 942 do Código de Processo Civil não tem natureza de recurso, o art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2.009 perdeu sua eficácia normativa, pois não há mais os Embargos Infringentes no sistema processual civil brasileiro. Assim, inviável a invocação do disposto no art. 25, da Lei do Mandado de Segurança, que, neste ponto, perdeu eficácia, na medida em que houve a supressão dos Embargos Infringentes de nosso ordenamento processual civil.

Portanto, tratando-se de recurso de apelação cível, não tendo havido unanimidade em seu julgamento na ação mandamental, deve ser o mesmo suspenso, ou seja, não se concluirá o julgamento, dando-se prosseguimento ao feito pela técnica do artigo 942 do Código de Processo Civil. É totalmente ilegal e indevida eventual interpretação restritiva do mencionado dispositivo de lei, o que ocorreu no caso em debate.

O instituto previsto no artigo 942 do Código de Processo Civil, que como referido não tem natureza recursal, é uma etapa necessária e obrigatória sob pena de nulidade do julgamento da apelação, quando verificada maioria de votos entre os membros do colegiado. Portanto, aplica-se ao julgamento da apelação em Mandado de Segurança o procedimento do dispositivo acima referido, não havendo qualquer dispositivo que a afaste ou impeça sua incidência.

> Como a hipótese do art. 942 do CPC não tem natureza de recurso, o art. 25 da Lei nº 12.016/2009 perdeu sua eficácia normativa, pois não há mais embargos infringentes no sistema processual civil brasileira. O instituto previsto no art. 942 do CPC não tem natureza recursal, sendo uma etapa necessária do julgamento da apelação, quando verificada maioria de votos entre os membros do colegiado. A regra aplica-se ao julgamento da apelação em mandado de segurança, não havendo qualquer dispositivo que a afaste ou impeça sua incidência (CUNHA, DIDIER, 2016. p. 77-78).

E a lição de Araken de Assis:

> 34.7. Ampliação do quórum da deliberação
> O art. 942 instituiu a ampliação do quórum da deliberação, em virtude da existência de voto vencido no julgamento da apelação, a par de situações assemelhadas, em substituição aos antigos embargos infringentes. É preciso rever em linhas gerais essa figura recursal para aquilatar a inovação.
> ...

> 34.7.1. Natureza da ampliação do quórum
> ...
> Ocorrendo julgamento majoritário na apelação (art. 942, caput), na rescisória, inclinando-se a maioria no sentido da rescisão da sentença transitada em julgado no primeiro grau (art. 942, § 3.°, I), e no agravo de instrumento, versando decisão parcial de mérito (art. 1.015, II, c/c art. 942, 3.°, II), é preciso ampliar o quórum da deliberação. Esse expediente não constitui recurso. E isso, por duas razões: (a) não se encontra prevista a figura no catálogo do art. 994: (b) o julgamento da apelação, do agravo de instrumento e das rescisória não se encerrou, porque – eis o ponto – não se alcançou o quórum exigido para cristalizar o resultado (reforma da sentença, da decisão ou rescisão da sentença).
> Repelida a natureza recursal, as situações versadas no art. 942 constituem incidente no julgamento da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória. Pode-se chamá-lo de "técnica de julgamento", por sinal mencionada no art. 942, § 3.°, mas essa qualificação nada esclarece acerca da essência da figura. É um incidente, in eventum, no julgamento dos casos arrolados, e consiste na ampliação do quórum da deliberação, no próprio órgão originário ou em outro de maior composição. Incidentes não se originam, necessariamente, do surgimento de questões. O pedido ou a tomada de vista (art. 940) é um incidente dos julgamentos, em geral, resultando da dúvida do julgador, e, não, de uma questão.
> ... (ASSIS, 2016, p. 450-458)

Os embargos infringentes eram cabíveis em hipótese restrita de reforma, por maioria, de sentença de mérito ou de julgamento de procedência, também por maioria, da ação rescisória. De acordo com o art. 942 do CPC, será aplicada a técnica de julgamento consistente na convocação de novos julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, com nova sustentação oral, quando: (i) em apelação, pouco importa se de mérito ou meramente extintiva, se confirmou ou reformou a sentença recorrida, desde que o primeiro julgamento seja por maioria; (ii) em ação rescisória, quando o resultado, por maioria, for no sentido da rescisão da sentença; (iii) em agravo de instrumento interposto contra decisão que julga parcialmente o mérito, houver reforma da decisão do juiz de primeiro grau.

As diferenças não param na extraordinária ampliação das hipóteses de cabimento. Os embargos infringentes eram uma espécie recursal, assim, a interposição era voluntária. A nova técnica, ao revés, é obrigatória. Uma verdadeira remessa necessária, sem indicação de novo relator, mas, injustificadamente, com a possibilidade de uma nova sustentação oral num mesmo julgamento" (DONIZETTI, 2016. p. 1.478).

Guilherme Rizzo Amaral ensina:

> "(...)
> 1. Análise resumida das modificações
>
> – Extinção dos embargos infringentes.
> – Aplicação, para a apelação, ação rescisória e agravo de instrumento versando sobre o mérito, de técnica de complementação de julgamento quando o acórdão for não unânime.

> 2. Análise pontual
> (...)
> 2.2 Nova técnica: complementação de julgamento. Convocação de novos julgadores e prosseguimento do julgamento na mesma ou em nova sessão
> Com a extinção dos embargos infringentes, inaugura-se uma nova técnica processual de julgamento aplicável ao julgamento da apelação, da ação rescisória e do agravo de instrumento quando este versar sobre decisão parcial de mérito proferida na origem.
> Em resumo, havendo julgamento não unânime em algum desses casos, a técnica consistirá na convocação de novos julgadores para, na mesma sessão ou em outra a ser designada, proferirem votos para confirmar ou reverter o resultado do julgamento já iniciado.
> A convocação de julgadores deverá ser em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. (AMARAL, 2016, p. 953-955).

Embora o mecanismo faça lembrar os embargos infringentes, com o mesmo não pode ser confundido. Por não ser recurso, não depende de interposição, constituindo apenas uma fase do julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra decisão de mérito e da ação rescisória, não unânime (GONÇALVES, 2016. p. 885).

Ainda, José Miguel Garcia Medina assim se manifesta sobre o tema:

> "(...)
> I. Julgamento não unânime. Técnica de julgamento. Ampliação do quórum. Tomada de votos de outros juízes.
> O art. 942 do CPC/2015 dispõe sobre técnica de julgamento aplicável a casos de julgamento não unânime, nas hipóteses que especifica (cf. comentário a seguir). Embora não se trate de recurso, mas de mero prosseguimento de julgamento com ampliação do quórum de juízes que proferirão voto, tal mecanismo surgiu, na tramitação legislativa do projeto de lei que aprovou o CPC/2015, como algo que faria as vezes dos embargos infringentes, recurso antes previsto nos arts. 530 a 534 do CPC/1973. Nos casos referidos no art. 942 do CPC/2015, o julgamento há de prosseguir caso não se alcance a unanimidade, tomando-se o voto de juízes em "em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial" (art. 942, caput, do CPC/2015). Assim, p.ex., caso o resultado momentâneo do julgamento da apelação (para a qual há quórum de três juízes, cf. art. 941, § 2.º, do CPC/2015) seja o de, por maioria (isso é, dois votos a um), se dar provimento para reformar sentença de mérito, prossegue-se o julgamento com a tomada de voto de mais dois juízes, número que seria suficiente para se inverter o resultado (isso é, se poderia chegar a três votos contra dois). Como o julgamento só se conclui efetivamente após o prosseguimento de que trata o art. 942, aqueles que já se manifestaram em sua primeira fase poderão retificar seu voto, nos termos do § 1.º do art. 941 (cf. § 2.º do art. 942 do CPC/2015). Sempre que possível, o prosseguimento dar-se-á na mesma sessão, tomando-se voto de outros componentes do órgão colegiado que estejam presentes (cf. § 1.º do art. 942 do CPC/2015); caso contrário, o julgamento prosseguirá em nova sessão, convocando-se outros julgadores, assegurado o direito a nova sustentação oral (cf. art. 942, caput, 2.ª parte, do CPC/2015). (MEDINA, 2015, p. 1273-1274).

A alteração da lei processual quando a disciplinar a situação de acórdão não unânime, não enseja a interposição de um novo recurso, mas sim uma prorrogação do julgamento não unânime, trazendo maior celeridade e praticidade ao procedimento (FUX, 2016, p. 308).

Dessa forma, não se antevê qualquer obstáculo à aplicação dessa nova técnica quando do julgamento não unânime de apelação em Mandado de Segurança, vez que se garantirá maior segurança jurídica e, pois, melhor prestação jurisdicional, sem, todavia, os efeitos procrastinatórios dos antigos Embargos Infringentes.

Por tudo isso, tem-se que a nova técnica de julgamento é plenamente aplicável ao rito especial do remédio constitucional. Além disso, não há qualquer prejuízo às partes - que serão intimadas da possibilidade de renovarem suas sustentações orais -, devendo ser aplicado o artigo 942 do CPC no remédio constitucional.

A novel técnica de julgamento, exigirá mais do julgador do órgão colegiado, o grande atitude de ampliação prática, bem como a manutenção da efetividade e segurança jurídica em tempo razoável, com o objetivo de tornar a técnica de julgamento uma arma útil ao jurisdicionado processual civil brasileiro, observando além disso o princípio da instrumentalidade do processo (TORRES, SILVA, 2017, p. 07-16).

O regramento incide antes de haver o encerramento do julgamento da apelação. Tanto é assim que permite a alteração de votos pelos julgadores que já votaram.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já se manifestou sobre o tema:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 942 DO CPC/15. EXTENSÃO DE QUÓRUM. TÉCNICA DE JULGAMENTO QUE NÃO TEM NATUREZA RECURSAL. APLICABILIDADE EM QUALQUER APELAÇÃO NÃO UNÂNIME, INCLUSIVE EM MANDADO DE SEGURANÇA.
> a) O artigo 942 do CPC/15, regulamentado pelo artigo 240 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, traz nova regra que requer a convocação dos demais membros da Câmara para compor o quórum de julgamento, quando o resultado da apelação não for unânime.
> b) Apesar da aparente similaridade com os extintos Embargos Infringentes, trata-se, em verdade, de instituto diverso, pois, além de ter sido alocado topograficamente fora do capítulo que trata de recursos, não requer provocação das partes, devendo ocorrer de forma automática, na mesma sessão de julgamento, se possível, ou, no mais tardar, na sessão subsequente.
> c) Cuida-se, dessa forma, de técnica de julgamento obrigatória e automática que, além de efetivar as garantias constitucionais da segurança jurídica e efetividade jurisdicional, não traz prejuízo à celeridade processual, devendo ser observada, por impulso oficial, em qualquer julgamento não unânime de Apelação, inclusive no rito especial do Mandado de Segurança.
> 2) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, ATRIBUINDO-LHES EFEITOS INFRINGENTES PARA DETERMINAR A CONTINUIDADE DO JULGAMENTO. DEMAIS ALEGAÇÕES PREJUDICADAS.
> ...
> 4) APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO (ratifica o que já foi decidido em composição simples). (Processo número 1587492-1/01, 5ª Câmara Cível do TJ/PR, Rel. Des. Leonel Cunha, j. 25/04/2017).

A nova técnica de julgamento, por sua vez, não traz qualquer prejuízo ao andamento do remédio constitucional, pois – prescindindo de provocação – a extensão do quórum se dá na mesma sessão, se presentes julgadores suficientes.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no dia 18.03.2016, deixou muitas lacunas não preenchidas, alguns órgãos brasileiros publicaram Enunciados sobre a aplicabilidade de certas matérias do diploma processual.

No I Fórum Nacional do Poder Público realizado em junho de 2016, por unanimidade, foi aprovado o seguinte enunciado sobre a técnica na ação mandamental:

> Enunciado 24 – (artigo 942, Lei 13.105/2015) Aplica-se ao mandado de segurança a técnica de julgamento não unânimes dos recursos previstos no art. 942 do CPC. (Grupo: O novo CPC e o Mandado de Segurança).

Esse também foi o entendimento do Enunciado 62 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, tendo como Coordenador-Geral, o Ministro Raul Araújo, e Coordenador da Comissão de Trabalho "Recursos e Precedentes Judiciais", o Ministro Humberto Martins:

> Enunciado n. 62 – Aplica-se a técnica prevista no art. 942 do CPC no julgamento do recurso de apelação interposto em mandado de segurança.

Cabe salientar que, a divergência, está longe de ser superada, pois não há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação da técnica de julgamento prevista no ordenamento processual às apelações interpostas em mandado de segurança.

Por último, não deve se instalar a divergência apenas no julgamento da remessa necessária, neste aspecto, não se aplica a técnica de prosseguimento do julgamento, como expressamente prevê o artigo 942, parágrafo 4º, inciso II, do CPC, ou seja, há vedação expressa de utilização do instituto.

Desta forma, razão assiste para quem defenda a aplicação da técnica nos julgamentos por maioria em Mandado de Segurança, pois não tem natureza recursal, sendo que se a intenção do legislador realmente fosse pelo não cabimento em Mandado de Segurança, teria incorporado ao texto legal das exceções expressamente previstas sobre o assunto, razão pela qual deve ser aplicada nos julgamentos não unânimes do remédio constitucional.

Considerações finais

A norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal afirmou que a lei, além de não poder excluir lesão, está proibida de excluir ameaça de lesão da apreciação jurisdicional. O objetivo de dita norma deixa expresso que o direito de ação deve propiciar a tutela inibitória e ter a disposição técnicas processuais capazes de permitir, inclusive, a antecipação da tutela e a concessão de liminares, estando o remédio constitucional expressamente previsto no texto constitucional.

O Mandado de Segurança, remédio constitucional como é conhecido, tem como função frear o Estado quanto suas ações ou omissões, cobertas de ilegalidade ou abuso de poder e que possam violar direito líquido e certo do indivíduo ou um grupo, fazendo prevalecer o Estado de Direito.

Por isso, é de grande importância a natureza jurídica e a aplicabilidade do instituto previsto no artigo 942 do Código de Processo Civil na ação mandamental.

Pelo estudo realizado, se conclui que a nova técnica processual prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil, não se trata de recurso. Além de não estar previsto no Título III, Capítulo I, do Código de Processo Civil que trata dos recursos, não exige manifestação da parte ou de terceiro interessado e novo procedimento e remessa para outro colegiado, ocorrendo o prosseguimento do julgamento de ofício, bastando que o julgamento não tenha sido unânime. Desta forma, não pode haver qualquer confusão com os antigos embargos infringentes.

Quanto a aplicabilidade de referido dispositivo ao Mandado de Segurança, muito embora não tenha ainda havido manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, a posição majoritária da jurisprudência é no sentido da aplicabilidade da nova técnica quando do julgamento de apelação em Mandado de Segurança cujo julgamento não tenha maioria.

Portanto, a nova técnica de julgamento quando a decisão não for unânime, não pode ser confundida com recurso e é perfeitamente aplicável na apelação que julga Mandado de Segurança, sendo que o art. 25 da Lei Federal n. 12.016/2009 perdeu sua eficácia normativa, uma vez que os Embargos Infringentes não mais existem em nosso ordenamento processual. Caberá ao Superior Tribunal de Justiça, quando provocado, dissipar as divergências até então existentes.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2002.

COUY, Giselle Santos. **Da extinção dos embargos infringentes no novo código de processo civil – um retrocesso ou avanço?** In: Didier JR. Fredie (coord). Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 77-78.

DIAS, Francisco Barros. **Técnica de Julgamento: Criação do Novo CPC (Sustitutivo dos Embargos Infringentes)** In: Didier JR, Fredie (coord). Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Trad. Alexandre Salim e Outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estúdios de teoria constitucional de la sociedad abierta.** Tradução de Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2002.

HELY, Lopes Meirelles. **Mandado de Segurança**. 20ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo: 1998.

MARÇAL, Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo.** 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATIELO, Fabricio Zampronga. **Mandado de Segurança.** São Paulo: Sagra Luzzatto, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Dierle. **Colegialidade corretiva e CPC-2015.** In: Didier JR. Fredie (coord). Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentas: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Artur. **Sentença, Coisa Julgada e Recursos Cíveis Codificados.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TORRES, Claudia Vechi, SILVA, Patricia de Oliveira e. **A técnica de Julgamento no Novo CPC: um aliado para a obtenção da celeridade processual?** Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 72, p. 7-16, maio/agos. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/2015**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.