

INTRODUÇÃO

Se um observador distante da realidade judiciária brasileira examinasse, de boa-fé, as disposições previstas nos arts. 547 a 565 do Código de Processo Civil, que compõem o Capítulo “*Da ordem dos processos no Tribunal*”, formaria uma imagem um tanto quanto romântica acerca do modo como são julgados os recursos nos Tribunais nacionais.

A ilusão talvez mais marcante em que ele incorreria seria crer que os recursos, em sua esmagadora maioria, são apreciados por órgãos exclusivamente colegiados. E acreditar nisso, reconheça-se, não seria um erro grosseiro: dos trinta e oito dispositivos que compõem o Capítulo do Código, incluindo-se na contagem também os parágrafos, trinta e quatro são dedicados à disciplina do julgamento colegiado dos recursos, ao passo que apenas quatro tratam do julgamento monocrático, isto é, quando proferido por um julgador singular (CPC, *caput* e parágrafos do art. 557). Nada mais natural seria que essa proporção se pautasse por um reflexo do que ocorre na prática; hoje, no entanto, e em especial após a década de noventa do século passado, sabe-se que ocorre justamente o inverso.

Não terminaria aí, porém, o engano. O observador também seria levado a acreditar que, no cotidiano dos Tribunais, a decisão colegiada representaria o produto de uma robusta deliberação pública, pelo confronto virtuoso das distintas visões manifestadas por no mínimo três julgadores sobre a matéria discutida no recurso (CPC, art. 555, *caput*). O cenário ficaria completo com a influência ampla e efetiva das partes no resultado do julgamento através da sustentação oral, nas hipóteses em que cabível (CPC, art. 554, *caput*), cuja realização se faria possível pela preparação decorrente da intimação prévia dos interessados da pauta para julgamento (CPC, art. 552).

Difícilmente, em meio a todas essas regras, o observador conceberia que a sessão colegiada pudesse ser realizada com intuito apenas *pro forma*, quando, previamente à sua realização, todos os membros do colegiado já tivessem obtido acesso, por via eletrônica, ao voto elaborado pelo relator do recurso. Também não seria crível a apreciação, em bloco, de dezenas de recursos de modo simultâneo, presumivelmente iguais e individualizados na sessão apenas por seus números identificadores, sem que ocorresse, no julgamento, o exame ao menos das razões suscitadas por cada recorrente. Ficaria ele ainda mais surpreso se a sustentação oral fosse francamente desestimulada, *in loco*, por olhares repressores ou mesmo por advertências verbais feitas pelos julgadores, quase sempre acompanhados da mais franca desatenção, com o intuito claro de acelerar a todo custo o andamento da sessão.

Essa alegoria serve para introduzir a razão da escolha do tema deste trabalho. Há, com efeito, um flagrante descompasso entre a prática dos Tribunais nacionais e o que impõe a letra da lei ao *procedimento recursal*, entendida essa expressão como o conjunto de etapas e de requisitos formais a que deve se submeter, desde a distribuição até a intimação das partes quanto ao teor da respectiva decisão, o julgamento dos recursos. Tal cenário fica ao abrigo de críticas, atualmente, em razão de um pacto tácito de silêncio que parece reinar na doutrina, que ou prefere abordar questões teóricas de mais alto grau de abstração no campo do processo civil, como, por exemplo, as polêmicas acerca da coisa julgada material ou o regime das nulidades processuais, ou, mesmo quando avança para tocar no procedimento dos recursos, o faz de modo apenas descritivo, narrando o que a lei prevê que se realize sem atentar para o que de fato se reflete na realidade.

Esse descompasso, por si só, já seria motivo o bastante para eleger o procedimento recursal como tema do trabalho, lançando assim luzes sobre um problema que afeta todos os processos – e não são poucos – que têm sua sorte definida em segundo grau. A verdade, porém, é que há mais dois outros fatores adicionais. E em relação a eles o enfoque muda, passando a tocar diretamente no exame da disciplina abstrata que a lei processual instituiu para a matéria.

Em primeiro lugar, é preciso examinar se o conteúdo das diversas regras do CPC se mantém fiel às *finalidades* que esta mesma lei busca alcançar com a previsão de *duas espécies de procedimento* para a apreciação dos recursos: o procedimento que leva ao julgamento colegiado e o procedimento que conduz ao julgamento monocrático. Como se verá no curso do trabalho, a essas modalidades de configuração subjetiva do órgão julgador, se colegiado ou singular, corresponde o que se pode chamar, respectivamente, de procedimento recursal ordinário, ou completo, e procedimento recursal sumário, ou abreviado¹. Em função disso, a cada uma dessas espécies de procedimento pode-se atribuir um conjunto de razões subjacentes, de finalidades que em tese são promovidas pela respectiva aplicação, como o *reforço da cognição*, a *independência dos julgadores* e a *contenção do arbítrio individual* no julgamento colegiado e, de outro lado, a promoção da *celeridade* no julgamento monocrático.

¹ A Araken de Assis se devem as expressões *procedimento recursal completo* e *procedimento recursal abreviado*, utilizadas originalmente, ao que se tem notícia, na obra *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 277 e seguintes. Também acolhe tal terminologia PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 16. No entanto, mais remotamente a mesma metodologia já havia sido utilizada por José Carlos Barbosa Moreira para se referir, no processo de conhecimento, ao procedimento comum ordinário de primeiro grau, valendo-se das expressões *procedimento abreviado* ou *procedimento completo* conforme, respectivamente, houvesse ou não a aplicação das técnicas de *julgamento conforme o estado do processo* previstas nos arts. 329 – *extinção do processo* – e 330 – *julgamento antecipado da lide* – do Código de Processo Civil, como consta de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O procedimento ordinário*, In: *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1974, p. 103-4. Mais à frente, no Capítulo 1, item 1.3., o ponto será retomado.

Ocorre que nem sempre o rito eleito pela lei para julgamento dos recursos, com cada ato que o compõe, se mantém estruturalmente orientado a atingir essas mesmas finalidades; nesses casos, que configuram verdadeiros descaminhos, ou sucede de a lei exigir formas que não revelam qualquer proveito útil à apreciação dos recursos, ou esta mesma lei peca por omissão, deixando de adotar regras que melhor se adequariam ao atingimento daqueles fins. Identificar esses desvios na disciplina abstrata do procedimento será, portanto, parte essencial do trabalho².

Em segundo lugar, terá papel de destaque no desenvolvimento do trabalho o marco teórico do *garantismo processual*. Em seu núcleo, tal modo de ver o processo civil finca suas bases no conjunto de princípios que a Constituição Federal estabelece como balizas para o desempenho da atividade jurisdicional, e que transformam o processo em um instrumento democrático de manifestação de poder³. Estes princípios, a exemplo das garantias do *contraditório participativo* (CF, art. 5º, LV), da *publicidade processual* (CF, arts. 5º, LX e 93, IX), do *juiz natural* (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), da *duração razoável dos processos* (CF, art. 5º, LXXVIII) e da *motivação das decisões* (CF, art. 93, IX), são alçados pelo garantismo processual à posição de paradigma para um teste constante de validade das regras que a legislação ordinária estabelece para o processo civil. E não haveria de ser diferente com o julgamento dos recursos, que também deve ser medido, em cada ato, etapa ou espécie de procedimento, a partir do parâmetro delineado pelos direitos fundamentais de cunho processual previstos na Constituição Federal. Será assim que, por exemplo, institutos

² O mesmo intuito se vislumbra na obra clássica de CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 23: “Así delimitada la investigación, la materia vendrá espontáneamente a agruparse en una orden superlativamente simple y claro. Trataremos, ante todo, a la luz de las enseñanzas históricas proporcionadas por el Volumen precedente, cuál es la *finalidad* que la Casación se propone alcanzar en el ordenamiento jurídico italiano (Título I); estudiaremos después de qué parte provenga en la práctica el *impulso* para la actuación de esta finalidad, y veremos que éste es normalmente dado por el interés privado, cuya iniciativa se encontra así puesta al servicio del interés colectivo (Título II); se pondrán en seguida en claro los caracteres fundamentales del recurso de Casación, considerado como el *instrumento* que el derecho procesal ofrece a la iniciativa privada para alcanzar la finalidad indicada (Título III); y, finalmente, examinaremos si la Casación, tal como está ordenada en nuestro derecho, *tiene aptitud para alcanzar la finalidad* que se propone, o si, por el contrario, esta finalidad debe considerarse irrealizable mientras no se introduzcan en el instituto fundamentales reformas (Título IV)”. Enfoque similar para o estudo dos recursos, ainda que em linhas mais gerais e também sem atenção específica para o tema do procedimento, já havia sido proposto igualmente por CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 633: “A tenor de estas simples consideraciones, el problema práctico de la impugnación se traduce en reducir al mínimo su costo, limitando cuanto sea posible la incertidumbre que deriva de la impugnabilidad y, por otra parte, en aumentar su rendimiento, garantizando cuanto sea posible la justicia del *iudicium rescissorium*. Cabe decir que el ordenamiento positivo de la impugnación está dominado por esta doble exigencia, y resulta bueno o malo según la medida en que consigue atenuar su costo y garantizar su rendimiento. Cualquier aspecto de la institución – desde la determinación de los proveimientos impugnables, a la de los presupuestos de la impugnación; desde la legitimación, al término para la impugnación, y desde las relaciones entre impugnación y nulidad, a las existentes entre *iudicium rescindens* y *iudicium rescissorium* – no constituye más que un medio para el logro de tales finalidades”.

³ É referência nesse sentido o texto de GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286, sem prejuízo das outras obras às quais se fará menção no Capítulo seguinte e ao longo do texto.

aparentemente singelos como a sustentação oral, a pauta de julgamento das sessões e o relatório elaborado pelo desembargador relator ganharão um novo enfoque no curso do trabalho, com destaque às potencialidades que tais atos e etapas podem apresentar para a promoção da garantia do contraditório participativo.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é examinar o procedimento recursal, tal como previsto em lei e como colocado em prática pelos Tribunais, à luz de suas próprias razões subjacentes e das garantias fundamentais do processo previstas na Constituição. Faz-se desde logo a ressalva de que essa proposta será circunscrita ao exame do procedimento estabelecido em lei para o recurso de apelação. Essa limitação se justifica pela abrangência que o tema assumiria caso fosse buscada também a análise, por exemplo, do complexo procedimento hoje previsto para o julgamento dos recursos especiais repetitivos (CPC, art. 543-C), ou mesmo do recurso extraordinário após a entrada em vigor da sistemática da repercussão geral (CPC, arts. 543-A e 543-B). As particularidades desses recursos e das demais espécies recursais acabariam por provocar a dispersão e a perda na profundidade da análise, de modo que se mostrou preferível centrar o desenvolvimento da proposta nas regras pertinentes ao recurso de apelação, que exerce, como se sabe, o papel de verdadeiro protótipo recursal⁴. Isso não impedirá que, pontualmente, sejam feitas menções a detalhes pertinentes a outros recursos, em especial o agravo de instrumento, de modo a estabelecer um cotejo ilustrativo na medida em que necessário, o que se deve também ao fato de que muitas das considerações pertinentes à apelação acabam por se estenderem às demais espécies recursais, mas, repita-se, sem qualquer pretensão de completude. Mesmo no que concerne ao recurso de apelação, o enfoque do presente trabalho residirá no procedimento que conduz ao julgamento colegiado, de escassa atenção na doutrina brasileira se comparado com o procedimento de julgamento monocrático⁵.

A estrutura do trabalho se compõe de quatro capítulos. No primeiro deles, na sequência a esta introdução, serão firmadas as premissas para o restante do estudo, identificando noções gerais acerca dos recursos, definindo o papel do procedimento na teoria

⁴ Nesse sentido, e colocando ênfase na relação entre o recurso de apelação e o denominado princípio do duplo grau de jurisdição, cf. GATTO, Joaquim Henrique. *O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28. Da mesma forma, cf. CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 205, nota de rodapé nº 51, com amparo na lição de Chiovenda; e ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 273.

⁵ É numerosa a literatura já produzida sobre o julgamento monocrático dos recursos. Conferir, exemplificativamente, as obras de CARVALHO, Fabiano Carvalho. *Poderes do relator nos recursos – art. 557*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 09 e segs.; MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. *Agravo interno*, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 137-9; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia, *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 29-35; e OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Agravo interno e agravo regimental*, São Paulo: Ed. RT, 2009.

do processo e, ainda, descrevendo a centralidade das garantias fundamentais do processo no marco teórico do garantismo processual. Por fim, neste capítulo também será traçado o panorama sobre a crise da Justiça civil e seus impactos específicos no campo do procedimento dos recursos, em especial pela constante sombra de reforma do sistema recursal sob a bandeira de promoção da celeridade.

O capítulo seguinte será dedicado aos aspectos mais abstratos do procedimento recursal. Nele serão analisadas as razões subjacentes aos julgamentos colegiado e monocrático dos recursos, o que, como visto acima, pautará diversos desdobramentos no desenvolvimento do trabalho. Será tratada também a sensível questão a respeito das diversas espécies normativas que, à luz da Constituição Federal, interferem na disciplina do procedimento recursal, com destaque para o papel a ser validamente exercido, neste tema, pelos Regimentos Internos dos Tribunais.

O terceiro capítulo cuidará do exame pormenorizado das sucessivas etapas que compõem o procedimento recursal ordinário ou completo, que tem por ato culminante a deliberação colegiada. Neste passo é que serão postos em xeque todos os atos formais que se inserem no caminhar do recurso em direção ao julgamento em sessão, desde a distribuição do recurso, passando pelo papel do relator e do revisor, pelo regime da pauta de julgamento e da sustentação oral, até a descrição da mecânica da deliberação colegiada, com a posterior elaboração do acórdão e a intimação do teor do julgado, sempre à luz das razões subjacentes a essa espécie de procedimento recursal e, ainda, do conteúdo das garantias fundamentais do processo.

No quarto e último capítulo figurarão as conclusões, com a síntese das ideias desenvolvidas.

1. ALGUMAS PREMISSAS: RECURSOS, PROCEDIMENTO E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

Para pavimentar o caminho a ser seguido nos capítulos posteriores, faz-se necessária a fixação de algumas premissas. A meta final, como visto, é o exame do procedimento recursal à luz do que determinam suas razões subjacentes e as garantias fundamentais do processo, identificando a harmonia e a dissintonia entre aquele e estas duas. Para alcançar tal meta, porém, é preciso definir as bases de alguns institutos do direito processual civil, que servirão de alicerce e de pano de fundo para o restante do trabalho.

Assim é que, de início, serão traçadas noções gerais sobre os recursos, com destaque para seus aspectos conceituais e para as funções que exercem no sistema processual como um todo. Após, será esmiuçada a ideia de procedimento, aprofundando a clássica distinção face à relação processual na teoria do processo civil e, ainda, aplicando tais definições ao domínio dos recursos, do que decorrerá a conceituação específica do procedimento recursal. O passo seguinte consiste no exame do garantismo processual, eleito como marco teórico que dominará toda a análise a ser levada a cabo no presente trabalho. Por fim, o último tópico deste capítulo abordará o contexto atual de crise da Justiça civil, cujas consequências atingem de perto o modo como os Tribunais nacionais dão vida às regras e aos princípios que compõem a disciplina do procedimento dos recursos.

1.1. Noções gerais de recursos

O processo judicial, como toda atividade humana, está sujeito a equívocos. Quando alguém, pelo exercício do direito de ação, desencadeia a prestação jurisdicional veiculando sua pretensão através de uma demanda, espera-se, como é natural, que a resposta que o Estado lhe forneça seja pautada por um apurado exame das regras jurídicas aplicáveis ao caso, acompanhado da reconstrução tão fiel quanto possível da verdade dos fatos que se passaram no mundo da vida. Espera-se, portanto, que a sentença reflita estritamente a proclamação da vontade concreta da lei relativa ao conflito de interesses⁶, determinando a quem o direito

⁶ A identificação do núcleo conceitual da atividade jurisdicional como sendo a proclamação da vontade concreta da lei, representada pela particularização do comando abstrato aos fatos que circundam o litígio levado a julgamento, pode ser

oferece tutela e a quem, do lado oposto, não resta senão o comportamento de subordinar-se à pretensão do vencedor.

Como, no entanto, a atividade jurisdicional é desenvolvida por homens, e não por máquinas⁷, no itinerário lógico necessário para traduzir em palavras essa vontade concreta da lei é possível que ocorram alguns descaminhos. É possível, em primeiro lugar, que o processo não consiga captar com o mais alto grau de fidelidade o modo como se desenvolveram os fatos relevantes para o julgamento da causa. A essa captação se volta, como se sabe, a atividade instrutória no processo, pois é através das provas judiciais que as partes, ou mesmo o julgador de ofício, quando admissível, reconstroem o ocorrido no mundo da vida, tornando-o elemento de cognição do juiz⁸. Na atual quadra da ciência processual, a identificação dessas premissas de fato que circundam o litígio tem sido vista como condição indispensável para a prestação de uma *tutela jurisdicional efetiva* (CF, art. 5º, XXXV)⁹, que é a contra-face, em prol do cidadão, da vedação pelo Estado à justiça privada. Não fosse assim, a garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional se resumiria a uma promessa falaciosa, já que necessariamente deve estar ao alcance das partes, para a efetivação da defesa de seus direitos subjetivos, a demonstração dos fatos de que surgem esses mesmos direitos¹⁰. A relevância que se atribui, sob esse enfoque, à *garantia fundamental do direito à prova* conduz a que também se reconheça sensível gravidade aos momentos em que a lei acaba por inibir ou cercear a atividade instrutória das partes, ou mesmo quando o juiz, no desempenho da jurisdição, extrai consequências equivocadas, para o julgamento, a partir das provas já produzidas¹¹. Assim, o erro quanto à reconstrução dos fatos relevantes para o julgamento pode decorrer de um vasto leque de hipóteses, relativas ao regime da distribuição do ônus da

encontrada em LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 23, com amparo nas clássicas lições de Calamandrei e Chiovenda. Modernamente, como se verá no item 2.1.1.1.2, no Capítulo seguinte, o núcleo conceitual da jurisdição foi deslocado para a ideia de imparcialidade em sentido amplo, que se desdobra na independência e na imparcialidade em sentido estrito.

⁷ A respeito da perspectiva de se introduzirem técnicas de inteligência artificial na tomada de decisões judiciais, em substituição ou complementação à atividade humana, cf. TARUFFO, Michele. *Decisiones judiciales e inteligencia artificial*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 381-395.

⁸ TARUFFO, Michele. *Probabilidad y prueba judicial*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 427-438; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 42.

⁹ TARUFFO, Michele. *La protección judicial de los derechos en un estado constitucional*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 33.

¹⁰ LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 265 e segs.

¹¹ Nesse ponto, o estudo das chamadas *limitações probatórias* foi realizado de modo inovador, no direito brasileiro, por GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 137-181.

prova, da admissão das provas, da produção das provas e, por fim, da valoração das provas¹², todas essas etapas conduzindo a que, em última análise, quando percorridas em equívoco, o julgador assuma como verdadeiros fatos que não se passaram no mundo da vida, ou o inverso.

O mesmo risco de equívoco permeia também a definição e a interpretação da lei aplicável ao conflito. Embora passível de críticas, ainda se vincula ao conceito de atividade jurisdicional a extração das consequências jurídicas que, à luz do direito objetivo vigente, são capazes de produzir os fatos narrados pelas partes, como já pregava o consagrado adágio latino (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”)¹³. No desenrolar dessa atividade, é possível, porém, que o juiz peque na qualificação jurídica do fato, entendendo que a hipótese dos autos atrairia um determinado regime jurídico quando, na realidade, outro seria o aplicável. De outro lado, ainda que correta a identificação da regra jurídica aplicável, não há como afastar que, em uma decisão judicial, o julgador se equivoque na identificação dos efeitos jurídicos que essa mesma regra é capaz de produzir. Em qualquer desses dois casos, listados sem a pretensão de exaurir o tema, o erro na definição do sentido e do alcance das normas jurídicas pode frustrar a finalidade a que se destina a atividade jurisdicional, vocacionada a atribuir a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que faz jus segundo o direito material¹⁴.

Por caber ao juiz, cercado por esses riscos, a solução definitiva do conflito trazido a julgamento pelo processo, é natural que muitas vezes o ideal de justiça seja posto em xeque por conta da falibilidade humana¹⁵. O sistema processual, então, para lidar com essa sombra

¹² Calamandrei assinala, nessa linha, que há erro de julgamento derivado da resolução de questões de fato nas hipóteses em que o juiz desconsidera um fato notório, quando são interpretadas de forma equivocada, na fundamentação da decisão, as provas produzidas sob um sistema de provas legais ou de livre valoração, e, ainda, quando são aplicadas de forma errônea as máximas de experiência (CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 187-8). A respeito das etapas da fase de instrução, no direito brasileiro, conferir BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 55 e segs.

¹³ As críticas ao referido conceito de jurisdição são manifestadas de formas diversas. Na jurisdição voluntária, por exemplo, a subordinação do juiz à lei é mitigada à luz do art. 1.109 do Código de Processo Civil, segundo o qual “[o] juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”. Para a parcela da doutrina que atribui caráter jurisdicional à arbitragem, também poderia ser aventada, neste ponto, a *arbitragem por equidade*, prevista no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.307/96. É objeto de alguma polêmica, nesse ponto, a previsão do art. 6º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei nº 9.099/95), pois, embora faça menção ao julgamento por equidade, a interpretação do dispositivo tem dado margem a posições bastante díspares, a ponto de autorizadas vozes afirmarem que, pela interpretação sistemática da lei e à luz da garantia fundamental da tutela jurisdicional efetiva, não haveria autorização legal automática para o afastamento do critério da observância da legalidade. Nesse sentido, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais – uma abordagem crítica*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 49 e segs.; e GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 453-5.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 46. Ainda é possível mencionar, como destaca Calamandrei, o erro quanto à existência e à vigência das normas jurídicas, que igualmente influem na frustração da finalidade a que se volta a atividade jurisdicional (CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 187).

¹⁵ A menção a um “ideal de justiça”, no corpo do texto, tem de ser entendida em seus devidos termos. Com efeito, a *justiça* de uma decisão judicial, como proclama a moderna teoria do processo, funciona como verdadeiro norte para a legitimação da atuação do Estado-juiz, mas se resolve na *correta interpretação e aplicação da lei aos fatos apurados através de provas que*

de frustração que o acompanha, estabelece determinados institutos com a finalidade precípua de assegurar a correção de conteúdo das decisões judiciais, aprimorando-as, em um claro movimento de defesa a fim de preservar sua própria confiabilidade. Se é verdade, por um lado, que nem mesmo tais mecanismos são capazes de garantir, de modo invariável e absoluto, que a decisão final será correta¹⁶, nem por isso é menos verdade que a lei lhes define o respectivo regime jurídico de modo a intensificar a *probabilidade* de acerto no julgamento definitivo¹⁷. É nesse contexto, portanto, que se situam os recursos¹⁸.

O ideal de aprimoramento do conteúdo das decisões judiciais, no entanto, não figura sozinho no jogo de princípios que marcam o processo. Como vetor oposto, também é uma das metas a serem alcançadas pela jurisdição a pacificação social, que se traduz, dentre outras formas, na busca por uma solução rápida e célere ao conflito de interesses. De nada vale, por este ângulo, um processo em que a decisão seja proferida sob o mais elevado grau de certeza e de rigor, que poderiam ser alcançados pela submissão do julgado a sucessivas revisões em grau de recurso, se esta mesma decisão não for proferida com mínima tempestividade diante da instauração do litígio no seio social. O estado de incerteza que assim seria gerado não só colocaria em risco a efetividade do próprio processo, frente ao perecimento de bens e de direitos que ele visa a proteger pelo mero decurso do tempo, mas também desacreditaria a confiança de que deve ser revestida a atividade jurisdicional, como manifestação do poder

revelen de modo tão fiel quanto possível a realidade ocorrida no mundo da vida, sem apelo, portanto, a discussões metafísicas que hoje têm lugar na filosofia política contemporânea. Para uma visão similar acerca da legitimação da função jurisdicional, cf. TARUFFO, Michele. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 21-29. No mesmo sentido, v. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudios de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 556.

¹⁶ Para um aprofundado estudo neste sentido, cf. TESHEINER, *Em tempo de reformas – o reexame de decisões judiciais*, In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 383-401.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 202-3: “El concepto que informa este instituto, el cual, repitiendo las palabras que Pisanelli emplea en cuanto a la apelación, ‘es una consecuencia de la fragilidad humana’, es el siguiente: puesto que razones de tranquilidad social no permiten hacer depender la validez del fallo de la justicia de su contenido, el proceso debe estar construído de modo que la cosa juzgada no pueda formarse sino a través de garantías que reduzcan al mínimo las probabilidades de una sentencia injusta, garantías que deben consistir (además de en la exacta observancia de las prescripciones procesales *in procedendo*) en la posibilidad de reiteración del juicio lógico del que nace la sentencia, a través de una serie de instancias, o grados sucesivos, que constituyan un proceso único, cada una de las cuales concluya por un juicio sobre la relación controvertida, pero solo la última sea idónea para producir un juicio irrevocable (cosa juzgada en sentido formal)”.

¹⁸ Não só os recursos buscam satisfazer tal finalidade, evidentemente. Exemplo claro de instituto com a mesma vocação consiste no chamado *reexame necessário* (CPC, art. 475), cuja natureza jurídica é de condição de eficácia da sentença proferida em face do Poder Público. Sobre o tema, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 199-210; e TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*, São Paulo: Ed. RT, 2004. Além disso, também as *ações autônomas de impugnação*, como o mandado de segurança e a ação rescisória, servem de instrumento para o controle de conteúdo das decisões judiciais. Na doutrina, é pacífica atualmente a distinção entre os recursos e as ações autônomas de impugnação, ambos figurando como espécies do gênero *meios de impugnação do julgado*. Assim, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 229-232; e CALAMANDREI, Piero. *Vicios de la sentencia e medios de gravamen*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 444-8.

soberano do Estado. O ponto será retomado mais à frente neste trabalho, mas vale desde logo a ressalva de que a busca por correção de conteúdo muitas vezes é submetida a temperamentos, como forma de promover, em uma ponderação razoável, a conciliação com metas que se apresentem na direção oposta, como ocorre com a garantia constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII)¹⁹.

Pois bem. A lei, como dito, institui os recursos como meio de aprimoramento das decisões judiciais²⁰. Esse conceito de aprimoramento não se confunde com a mera correção de erros, que muitas vezes é identificada como a finalidade dos recursos. Por certo, a ideia de aprimoramento inclui a correção dos erros praticados pelo juiz na interpretação da lei ou na análise dos fatos, na linha do que se viu mais acima; a verdade, contudo, é que ela não se esgota nisso. Aprimorar é tornar melhor, mais próximo da perfeição²¹, enquanto a expressão corrigir erros denota por seus próprios termos uma espécie de repreensão, no confronto entre duas atividades, ao conteúdo da primeira realizada, que se apresenta equivocada, e que no contexto deste trabalho é representada pela sentença de primeiro grau. Ou seja, e em termos mais claros: se toda a forma de correção de erros conduz a um aprimoramento do objeto, nem por isso, a rigor, todo o aprimoramento pressupõe que se identifique, necessariamente, um erro, um conteúdo reprovável no objeto em sua configuração inicial.

O exame do art. 517 do Código de Processo Civil é elucidativo nesse ponto. Esse dispositivo prevê a permissão, desde que presente o motivo de força maior, à alegação em apelação de questões de fato não suscitadas no momento adequado em primeiro grau²². Suponha-se que, com base nesse dispositivo, seja produzida prova em segundo grau, cuja força persuasiva seja a tal ponto contundente até mesmo para levar à conclusão oposta da que alcançada pela decisão recorrida. Nesta hipótese, parece não caber falar, a rigor, em correção de *erros* na decisão de primeiro grau, porquanto proferida essa última em estrita

¹⁹ A conciliação entre a busca por correção de conteúdo nas decisões judiciais e a celeridade processual mostra-se particularmente sensível no tema da recorribilidade das decisões interlocutórias. Sobre o ponto, e com especial destaque para as inovações veiculadas no Projeto de Novo Código de Processo Civil de 2010, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil*. In: *O novo processo civil brasileiro - Direito em expectativa (Reflexões acerca do Projeto de novo Código de Processo Civil)*, (org.) Luiz Fux, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 365-435. No mesmo sentido, mas com relação genericamente à previsão da sistemática recursal em lei, cf. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 723.

²⁰ É categórica neste sentido a lição de FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946, p. 12.

²¹ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, versão eletrônica, verbete *Aprimorar* (disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=aprimorar&x=0&y=0&stype=k>>; acesso em 11.jul.2011).

²² CPC, “Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”. Sobre o chamado *ius novorum* e seus limites no direito brasileiro, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 453 e segs.; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 458 e segs.; e BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 142 e segs.

correspondência com os elementos que constavam dos autos²³. Ninguém negará, contudo, que a decisão em segundo grau fundada no art. 517 do CPC representa um aprimoramento da solução ditada pelo Judiciário ao conflito de interesses, já que tomada à luz de uma reconstrução mais fidedigna da realidade dos fatos ocorridos diante da nova prova trazida aos autos.

A doutrina já estabeleceu com precisão o conceito de recurso no direito brasileiro, definindo-o como sendo o meio voluntário de impugnação que enseja, dentro do mesmo processo, a reforma, a cassação ou a integração do ato judicial atacado²⁴. Neste passo, o que se mostra relevante para o presente trabalho é analisar quais os fatores próprios ao regime jurídico dos recursos que se destinam a pôr em prática aquela finalidade abstrata de aprimoramento das decisões judiciais, traduzindo-a em realidade, ou ao menos incrementando a probabilidade de que isso ocorra. Podem ser elencadas, com esse objetivo, as seguintes características: (i) a revisão do julgado se serve do material já produzido em primeiro grau, (ii) os julgadores de segundo grau são dotados de maior experiência na atividade jurídica, e (iii) a composição plural dos órgãos colegiados assegura um aprofundamento no exame da causa²⁵.

Em primeiro lugar, o *julgamento dos recursos leva em conta o que já se desenvolveu na instância originária*. Há, do ponto de vista teórico, duas concepções distintas para a formatação da cognição em segundo grau. Preponderava nos Estados europeus, até o final do século XIX, a ampla possibilidade de inovação, pelas partes, do que deveria ser submetido à cognição do julgador da apelação, comparativamente ao que havia sido apreciado pela primeira instância até o momento da prolação da sentença. Era assim, por exemplo, que se admitia a alegação de novos argumentos nos atos postulatórios, ao que se poderia seguir também a produção de novas provas em segundo grau²⁶. Daí a denominação de tal sistema recursal como *novum iudicium*, porquanto na segunda instância se instaurava,

²³ Nesse mesmo sentido, em relação ao direito italiano, CALAMANDREI, Piero. *Vicios de la sentencia e medios de gravamen*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 444-8.

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 233; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 716; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 40; e JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 28.

²⁵ Elencando tais característica, cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946, p. 12-17. Para um apanhado desses e de outros fatores que militam em favor do duplo grau de jurisdição, cf. GATTO, Joaquim Henrique. *O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 31-50, que, na mesma obra, enumera também os argumentos contrários à adoção de tal princípio.

²⁶ GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 21-22 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>; acesso em 11.jun.2011).

verdadeiramente, um novo julgamento da causa, sem limitações dignas de nota²⁷. Já nos países do *common law* vigorava regra sensivelmente distinta, por força da qual se concebia o julgamento da apelação apenas como *revisio prioris instantiae*, isto é, como atividade de controle do que decidido em primeiro grau. Esse modelo, que posteriormente veio a se expandir também para os países do *civil law* principalmente no século XX, apenas admite a alteração do objeto da cognição, na apelação, em circunstâncias excepcionais, quando, por exemplo, comprovadamente não tenha sido possível realizar a prova ao tempo da condução do processo em primeiro grau (CPC, art. 517)²⁸.

A preponderância do segundo modelo no direito brasileiro, que decorre da conjugação dos arts. 515, *caput* e parágrafos²⁹, 516³⁰ e do já referido art. 517, todos do CPC, faz com que o julgamento da apelação seja levado a cabo, em regra, pelo exame do material já submetido à cognição do juiz de primeiro grau³¹. Disto decorre consequência inegavelmente favorável à confiabilidade das decisões tomadas em sede de apelação, de vez que realizadas à luz de todas as razões já articuladas pelas partes em primeiro grau, com os argumentos e defesas

²⁷ Em tom crítico, assim se manifestou sobre o tema CAPPELLETTI, Mauro. *Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 278-9: “El primer defecto esencial, que no se encuentra ni en los países socialistas, ni – especialmente por lo que concierne al proceso civil – en los anglosajones, es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen. Por un lado, la sentencia de primer grado no está, normalmente, dotada de fuerza ejecutiva. Por otro lado, la apelación es un juicio de novo, extendido a hechos nuevos, a nuevas excepciones y a pruebas nuevas, y que no está limitado – como es el caso en los países arriba recordados – solamente a los errores de derecho en que haya incurrido el juez de primer grado. El resultado es que, en primer grado, la causa no está aún ni ganada ni perdida; el primer grado del juicio es sólo una larga fase de espera, una especie añosa y con frecuencia extenuante y penosa antecámara para llegar al fin a la fase de apelación; y esta última es el único juicio verdadero, al menos para la parte que económicamente se lo puede permitir”.

²⁸ A distinção entre os dois modelos de cognição em segundo grau também é referida, por alguns autores, pelas expressões *apelação ampla* e *apelação limitada*, ou *apelação total* e *parcial*, de que é exemplo o seguinte trecho da obra clássica de Calamandrei, *verbis*: “El médio de gravamen, en el sentido precisado por mí, puede ser *total* o *parcial*, según que la nueva instancia a la que el mismo da lugar comprenda la continuación del estadio de instructorio, o solamente la continuación del estadio decisorio; en el primer caso, el médio de gravamen da lugar a un *novum iudicium* (apelación romana: véase vol. I, n. 31) que, al admitir la introducción en el proceso de materiales de litis no producidos ante el juez *a quo*, permite a las partes corregir, en la nueva instancia, también los defectos de juicio derivados de defensa deficiente (véase n. 79, II, 3, a); en el segundo caso, el médio de gravamen produce una *revisio prioris instantiae* (apelación del derecho común alemán: vol. I, n. 69; y del derecho austríaco actual: vol. I, n. 237), la cual no se agota, sin embargo, en una crítica del tenor de la sentencia pronunciada por el juez *a quo*, sino que permite la renovación de toda la actividad decisoria, y, por conseguinte, la corrección de todos los errores en que este haya incurrido, no solo en la aplicación del derecho al hecho, sino también en la valoración de las resultancias instructorias” (CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 206). É importante ter em mente que tais expressões não se confundem, de modo algum, com a delimitação voluntária no plano horizontal do efeito devolutivo dos recursos, na linha do que prevê o art. 505 do CPC (“A sentença pode ser impugnada no todo ou em parte”).

²⁹ CPC, Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

³⁰ CPC, Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.

³¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 231-3.

apresentados na fase postulatória. Na realidade, a análise da causa em grau de recurso auferirá principalmente a vantagem de ter à disposição a primeira cognição que sobre ela fez o juiz ao proferir a sentença, que, por força das regras processuais, deve traçar um raciocínio lógico coerente e suficientemente motivado a ponto de sustentar a conclusão que figura no dispositivo na decisão (CPC, art. 458, *caput* e incisos)³². Esse material ainda é somado ao novo debate travado entre as partes nas petições de interposição e de contrarrazões ao recurso, que ensejam mais uma oportunidade para o aperfeiçoamento de argumentos, para a elucidação de pontos antes obscuros ou para a explicitação e crítica de equívocos eventualmente cometidos pelo juiz de primeiro grau.

Em suma, o julgamento dos recursos se serve da depuração do objeto da cognição judicial através do contraditório exercido na instância inferior e, ainda, da análise já traçada pela sentença recorrida, necessariamente motivada (CF, art. 93, IX)³³. Disso decorre o incremento da probabilidade de acerto na solução que venha a ser dada à causa em segundo grau: não há como negar que o *reexame* é conduzido com mais segurança do que o *exame*, porquanto realizado com amparo em mais subsídios, e com a possibilidade de crítica desapassionada sobre os erros eventualmente cometidos³⁴.

Em segundo lugar, é de particular relevância também o método de *provimento dos cargos* nos Tribunais de segunda instância. A Constituição Federal fixa, no art. 93, III, os critérios da antiguidade e do merecimento para a ascensão dos juízes na hierarquia

³² CPC, Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

³³ CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946, p. 13-14; GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 14-5 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>; acesso em 11.jun.2011); ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 78; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 237-8, que afirma: “A verdade, porém, é que a garantia de mais provável acerto resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arrazoarem, num sentido e noutro, o recurso”. Em sentido similar, cf. CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 203: “Si se considera que la sucesiva investigación de diversas mentes sobre si el mismo problema favorece una solución libre de errores, en cuanto cada nuevo examen del resultado alcanzado por la investigación precedente permite utilizar lo que en el mismo hay de correcto, y eliminar, a través de una crítica desapasionada, lo que hay de defectuoso, se comprende que la pluralidad de las instancias representa una notable garantía de justicia y que las posibilidades de una sentencia viciada por *error in iudicando* vayan gradualmente disminuyendo, a medida que un juez superior (que por lo general posee también, dados los mayores requisitos para su reclutamiento, una ciencia más segura y una experiencia más amplia) interviene para retocar y para perfeccionar la decisión tomada en la fase precedente por el juez inferior”.

judiciária³⁵. Por força deles, presume-se que aqueles que galgaram posições como julgadores de segundo grau são dotados de maior experiência no exercício da atividade jurisdicional, se escolhidos pelo critério da antiguidade, ou possuem conhecimentos jurídicos que os legitimam, de acordo com o critério de merecimento, à atuação em funções de maior relevância na estrutura judiciária. É verdade que, por um lado, a aplicação pura e simples do critério da antiguidade, de viés mais objetivo, promove a garantia institucional da independência da magistratura, na medida em que não subordina a carreira funcional do julgador a qualquer juízo sobre o conteúdo dos atos decisórios por ele praticados. O critério do merecimento, porém, muito embora dotado do aspecto negativo da subjetividade, funciona, na realidade, como fator de estímulo ao aprimoramento da atividade jurisdicional em primeiro grau, ensejando aos julgadores a perspectiva de uma sanção premial diante do desempenho cuidadoso e esmerado de suas funções. Foi levando em conta as vantagens e as desvantagens de cada método, assim, que a Constituição de 1988, seguindo a linha das anteriores, previu a alternância entre os dois critérios, conjugando-os, a fim de que um supra as deficiências do outro³⁶.

As mesmas potencialidades são encontradas, em grande medida, com relação aos membros egressos do chamado *quinto constitucional*, previsto no art. 94 da Constituição³⁷: a atividade jurídica desenvolvida por ao menos dez anos na advocacia ou no Ministério Público, acompanhadas dos requisitos do notório saber jurídico e da reputação ilibada, denotam, em teoria, a presença de características habilitadoras à atuação julgadora em grau de recurso, tanto que reconhecidos tais atributos por seus pares no âmbito de cada categoria. Esse perfil dos agentes que exercem a função jurisdicional em segundo grau, se por certo não afasta a chance de erros, ao menos influi para que a decisão por eles tomada seja resultado de reflexão mais madura e ponderada sobre as circunstâncias da causa, contribuindo para o aprimoramento das decisões sob o ponto de vista de conteúdo³⁸.

³⁵ CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância.

³⁶ GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1958, p. 117-20.

³⁷ CF, Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

³⁸ GATTO, Joaquim Henrique. *O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

Por fim, há ainda a forma de *composição dos órgãos julgadores* em segundo grau. Resguardadas as hipóteses de julgamento monocrático e, mesmo no procedimento recursal ordinário, todas as ressalvas que serão feitas no curso deste trabalho, é possível identificar na *composição colegiada* dos órgãos dos Tribunais, em teoria, um reforço na profundidade da cognição exercida no julgamento dos recursos. Enquanto na primeira instância, no Brasil, o processo recebe solução ditada por um único agente, na segunda instância, pela deliberação colegiada, essa mesma solução deve se submeter a um filtro de apuração mais rigorosa, já que sujeita ao crivo de no mínimo três membros do painel de julgadores. O confronto de visões distintas, cada uma expressando um raciocínio ou tese sobre a matéria, é capaz de lançar novas luzes sobre as questões controvertidas no processo, evitando ou ao menos diminuindo a probabilidade de que aspectos relevantes passem despercebidos³⁹. Mais à frente, no capítulo seguinte, serão apontadas com detalhes todas as razões subjacentes ao julgamento colegiado dos recursos, dentre as quais figuram o reforço da independência dos julgadores e a contenção do arbítrio individual, além do já mencionado aprofundamento da cognição no julgamento. Basta mencionar, neste ponto, apenas o modo como a formatação plurissubjetiva do órgão recursal, que já foi inclusive apontada como sendo indissociável do próprio conceito de recurso⁴⁰, serve de fator a estimular o aprimoramento das decisões judiciais.

É fundamental ressaltar que esses três fatores trabalham em conjunto em um mesmo sentido, somando-se para darem lugar a um cenário que assegura, não sem margem para alguma controvérsia, o incremento da probabilidade de acerto no conteúdo das decisões judiciais⁴¹. Se todos eles confluem para essa mesma direção, já não parece correto dizer que a ausência de *apenas um* deles tornaria, só por isso, de pronto inalcançável aquele desiderato. É possível, por exemplo, que o legislador entenda prudente atribuir aos Tribunais o julgamento desde logo de determinadas demandas, como é o caso dos feitos de competência originária do

³⁹ Nesse sentido, SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil – processo de conhecimento*, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 98.

⁴⁰ LIMA, Alcides Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 138.

⁴¹ É clara, nessa linha, a lição de Calamandrei, que assevera que a colegialidade das decisões e a sucessão de exames por instâncias distintas são fixadas com a mesma finalidade pela lei processual, qual seja: a redução ao mínimo da probabilidade de que a decisão judicial, ao final, tenha um conteúdo injusto, *verbis*: “La corrección de los errores de juicio tiene lugar así *a priori*, com una cautela general que no se dirige a investigarlos y a corregirlos uno a uno cuando ya se han producido en la sentencia, sino que trata de cerrar anticipadamente todas las vías a través de las cuales el error podría formarse. Desde este punto de vista el sistema de la pluralidad de las instancias puede considerarse como paralelo a sistema de la *colegialidad de los órganos judiciales*, puesto que ambos sistemas tratan de reducir al mínimo las probabilidades de una sentencia injusta, provocando sobre la formación del fallo el concurso de varias inteligências individuales, cada una de las cuales constituye un control, sucesivo (pluralidad de instancias) o simultáneo (colegialidad), sobre la actividad juzgadora de las otras” (CALAMANDREI, Piero. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 203).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CE, art. 161, IV)⁴², fiando-se na premissa de que assim o julgamento será realizado com maior propriedade diante da relevância da matéria ou das características subjetivas dos agentes envolvidos. E essa maior propriedade decorrerá, como visto, (i) do perfil dos julgadores que compõem os Tribunais e (ii) da composição colegiada do órgão de julgamento, ainda que, na hipótese em foco, não tenha ocorrido uma primeira análise da causa pela instância inferior, o que afasta a incidência do outro fator antes mencionado. O exemplo, embora diga respeito a ações de competência originária dos Tribunais, e não ao campo dos recursos, objeto deste trabalho, serve para esboçar a seguinte constatação: a retirada ou a mitigação de um dos três fatores acima apontados não infirma de modo irremediável a função de aprimoramento subjacente aos recursos, que permanecerá sendo promovida em *diferente proporção* pela manutenção dos outros dois, com intensidade menos elevada do que se os três fatores se fizessem presentes em conjunto⁴³.

Uma consequência lateral, mas de suma relevância, dos fatores acima aludidos consiste na função que os recursos exercem como meio de *contenção do arbítrio judicial*⁴⁴. Com efeito, um sistema processual que não preveja a impugnação das decisões judiciais para órgãos distintos corre o risco de dar margem à prática de voluntarismos pelos magistrados, já que estes saberão, de antemão, que as decisões por eles proferidas, seja de que conteúdo o forem, não serão passíveis de quaisquer modalidades de reexame. Em outras palavras, não haveria consequências de relevo se a decisão tomada o fosse com amparo ou não na lei, ou com atenção ou não à prova dos autos, já que, em qualquer desses casos, a palavra do juiz de primeiro grau seria a única resposta advinda do Judiciário, sem que às partes fosse dada a oportunidade de apontar os equívocos porventura cometidos.

⁴² Constituição do Estado do Rio de Janeiro, Art. 161. Compete ao Tribunal de Justiça: (...) IV - processar e julgar originariamente: a) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual; b) a representação do Procurador-Geral da Justiça que tenha por objeto a intervenção em Município; c) nos crimes comuns, o Vice-Governador e os Deputados; d) nos crimes comuns e de responsabilidade: 1 - os Secretários de Estado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 150, desta Constituição; 2 - os juízes estaduais e os membros do Ministério Público, das Procuradorias Gerais do Estado, da Assembléia Legislativa e da Defensoria Pública e os Delegados de Polícia, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; 3 - os Prefeitos, os Vice-Prefeitos e os Vereadores; e) mandado de segurança e o habeas data contra atos: 1 - do Governador; 2 - do próprio Tribunal; 3 - da Mesa Diretora e do Presidente da Assembléia Legislativa; 4 - do Tribunal de Contas do Estado; 5 - dos Secretários de Estado; 6 - dos Procuradores-Gerais da Justiça, do Estado e da Defensoria Pública; 7 - do Prefeito da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 eleitores. f) o habeas corpus, quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição, ou se trate de crime cuja ação penal seja de sua competência originária ou recursal; g) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade estadual, da administração direta ou indireta; h) a revisão criminal e a ação rescisória de julgados seus e dos juízes, no âmbito de sua competência recursal; i) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; (...).

⁴³ O ponto é de especial relevância para o exame dos fundamentos que permeiam o julgamento monocrático dos recursos.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 15. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>; acesso em 11.jun.2011.

Diante desse cenário, fica claro que a instituição dos recursos pela lei, com a função de revisão que os Tribunais através deles exercem, traz consigo o efeito de estimular a moderação na atuação dos juízes de primeiro grau. A perspectiva de que seus atos sejam submetidos constantemente ao controle de conteúdo incute no magistrado não o temor reverencial, absolutamente incompatível com a garantia fundamental da independência da magistratura (CF, art. 95, I a III)⁴⁵, mas a certeza de que, quão mais pautada pelos parâmetros da legalidade seja sua atuação, mais deferência e prestígio serão conferidos, na instância recursal, ao conteúdo de seus atos decisórios. Fala-se, neste ponto, em uma espécie de *função preventiva* dos recursos, cuja só existência já incutiria no juízo de primeiro grau a postura comedida⁴⁶. Por trás dessa função de contenção do arbítrio dos recursos reside nada menos do que os fundamentos que alicerçam a própria noção de Estado de Direito, que se sustenta, como se sabe, na controlabilidade dos atos estatais⁴⁷; no jogo da Separação de Poderes, não haveria motivo para se passar de modo diverso com os atos judiciais, como hoje se reconhece em relação aos atos administrativos e legislativos.

Por fim, os recursos ainda exercem um importante papel como emanção da *garantia do contraditório participativo* (CF, art. 5º, LV)⁴⁸. Os pontos acima abordados conectam o instituto dos recursos de modo objetivo com o aprimoramento do conteúdo da decisão judicial. Mas a verdade é que os recursos também têm de ser vistos como meio de participação e de influência das partes na atividade jurisdicional, em um enfoque estritamente subjetivo, pois é através dos recursos que aqueles que terão sua esfera jurídica atingida pela decisão judicial podem provocar a crítica de seu conteúdo. Ainda que essa crítica seja infundada, a só possibilidade de nova voz às partes acerca do modo como deve ser resolvido o conflito de interesses é uma expressão da idéia de participação política que informa, atualmente, a compreensão da cláusula constitucional do contraditório. E a conexão entre recursos e participação das partes fica ainda mais realçada pela chamada *voluntariedade dos*

⁴⁵ CF, Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

⁴⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946, p. 13, neste ponto citando a doutrina de Roscoe Pound, no livro *Appellate Procedure in Civil Cases*.

⁴⁷ GALVÃO, Paulo Braga. *Estado de direito*, In: *Dicionário de princípios jurídicos*, (org.) Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 456-465; e KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durnham/London: Duke University Press, 1997, p. 36-7.

⁴⁸ CF, art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

*recursos*⁴⁹, que torna condição indispensável para desencadear o reexame do julgado, através desse meio de impugnação, a insurgência do interessado, cabendo a ele a ponderação entre a renovação do procedimento em segunda instância e a tolerância de eventual injustiça que lhe tenha sido praticada, dando lugar, neste último caso, à preclusão.

1.2. O procedimento como categoria jurídica

As finalidades acima ressaltadas funcionam como norte para a elucidação do conceito de recurso e para o exame crítico das facetas de seu regime jurídico. Se no mundo das ideias tais finalidades podem ser identificadas até com relativa clareza, a lei busca o atingimento de cada uma delas, na prática cotidiana dos Tribunais, através do estabelecimento de uma série de *atos concretos* a serem realizados pelos sujeitos do processo – não só as partes, como também o julgador e os auxiliares da justiça –, que assim exteriorizam aquilo que apenas em abstrato se encontrava previsto no regime jurídico dos recursos, conferindo-lhe vida. Desde a interposição até a intimação das partes acerca do conteúdo da decisão, tais atos seguem uma *ordem lógica* preestabelecida formalmente na lei, que baliza a atuação dos sujeitos do processo a fim de dirigi-la, por um caminho conhecido de antemão, ao ato culminante consistente na apreciação da impugnação. Cada etapa dessa ordem lógica, por sua vez, quando considerada de modo estanque, submete-se também a um conjunto de *exigências formais* para ser realizada de modo válido, a fim de que apenas desse modo possa-se superar tal passo e avançar rumo ao exaurimento da instância recursal.

É a respeito do encadeamento de atos preestabelecido em lei para o julgamento, nos Tribunais, dos recursos, bem como dos requisitos formais necessários para a prática individualizada de cada uma dessas etapas a serem percorridas, que se volta o estudo do *procedimento recursal*. Para aprofundar um pouco mais tal noção, contudo, faz-se necessário colher os subsídios advindos da tradicional distinção entre *processo* e *procedimento*, já

⁴⁹ GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 28-30 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>; acesso em 11.jun.2011); JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 205-6; e ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 103-4. A respeito da influência do princípio dispositivo no campo dos recursos, mas com destaque para a consequência, que daí se extrai, para a definição da regra da impossibilidade de *reformatio in peius* em desfavor do recorrente, cf. CALAMANDREI, Piero. *Apuntes sobre la "reformatio in peius"*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 296-307.

esmiuçada pela doutrina clássica⁵⁰, entendido este binômio como composto por duas categorias jurídicas próprias, que, quando conjugadas, e somadas ainda aos institutos da ação e da jurisdição, configuram o objeto de estudo do direito processual civil como ciência jurídica. É bem verdade que o instituto do procedimento, considerado isoladamente, ainda não conseguiu alcançar a mesma envergadura teórica que já atingiram, no direito processual, os três pilares antes mencionados – jurisdição, ação e processo –; contudo, e como se verá no curso do presente trabalho, essa perspectiva em voga não se harmoniza, a rigor, com a inegável repercussão prática do tema, principalmente no que toca à observância, *in concreto*, das garantias fundamentais do processo, e é por essa razão que se passa a analisar seus fundamentos teóricos mais gerais⁵¹.

A etimologia da palavra processo, resultante de *pro cedere* – caminhar para frente –, denota que sua essência consiste em uma direção, em um norte a ser atingido através de um caminhar, e que em última análise consiste na resolução de conflitos de interesse, por um órgão imparcial, através da prestação da jurisdição. Em outras palavras, é o processo o *instrumento* através do qual o Estado-juiz põe em prática o exercício da jurisdição, formulando a regra jurídica concreta que há de reger a relação jurídica de direito material controvertida⁵². Esse instrumento, ou essa direção, possui uma natureza jurídica que hoje já não se coloca tanto em discussão como outrora: trata-se de uma relação jurídica⁵³, um complexo de direitos, poderes, deveres, ônus e sujeições que enfeixam sob um mesmo laço as partes e o juiz.

Duas características são essenciais ao processo como categoria jurídica. Em primeiro lugar, o processo é dotado de uma *unidade teleológica*, de uma finalidade última que lhe

⁵⁰ Atribui-se a João Mendes de Almeida Júnior o pioneirismo, no terreno brasileiro, ao traçar a distinção entre os dois conceitos. Nesse sentido é a lição de BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 142.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, ressaltando o desequilíbrio entre o exame teórico do tema do procedimento diante dos estudos já dedicados aos temas da jurisdição, da ação e do processo, cf. CASTILLO. Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa – contribución al estudio de los fines del proceso*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 114, que assinala o descompasso que também se verifica diante do estudo da teoria do ato processual, considerado em si mesmo, objeto de farta bibliografia, quando contraposto ao tema do conjunto em que cada ato processual individual se insere, isto é, o procedimento.

⁵² Não se ignora, por certo, que o *meritum causae* pode também se revestir de natureza estritamente processual, como se passa, exemplificativamente, com a ação rescisória fundada em ofensa à coisa julgada (CPC, art. 485, IV) ou com o mandado de segurança contra ato judicial. A excepcionalidade de tais hipóteses, contudo, não infirmam o raciocínio exposto no texto.

⁵³ Sobre o processo como contrato, como quase-contrato, como relação jurídica, como situação jurídica, como entidade jurídica complexa e como instituição, conferir as diversas teorias expostas em COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 124 e segs; CASTILLO. Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa – contribución al estudio de los fines del proceso*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 120 e segs.; e GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 36 e segs.

define o sentido e que conforma todos os seus elementos. Serve o processo, na essência, para a pacificação de conflitos sociais⁵⁴, e é essa unidade de fim que confere harmonia a todo o complexo de situações jurídicas subjetivas de que se compõe o processo. É assim que todas as prerrogativas à disposição das partes recebem sentido e acabam funcionalizadas à luz do conteúdo da prestação jurisdicional, já que cada ato que compõe o processo visa a, em última análise, colaborar com o pronunciamento definitivo a ser proferido pelo juiz ao final.

Dessa unidade teleológica dos atos processuais decorre a segunda característica do processo, marcado por ser uma relação jurídica essencialmente *dinâmica*. Por se tratar de um constante caminhar, a relação jurídica processual tem por nota marcante a modificabilidade, a alteração constante de seu conteúdo – isto é, do conteúdo das prerrogativas titularizadas pelos sujeitos que dela fazem parte – à luz da evolução de seus elementos rumo ao julgamento da causa. O exercício de uma prerrogativa, como, por exemplo, o direito potestativo de recorrer, faz surgir imediatamente uma série de consequências na esfera jurídica do adversário do recorrente: torna-se ele, em primeiro lugar, titular do ônus de contrarrazoar a impugnação, defendendo o próprio interesse através da apresentação de argumentos suficientes à manutenção da decisão que lhe é favorável; paralelamente, o recorrido tem também sua esfera jurídica atingida pela perspectiva de alteração do direito que já lhe fora reconhecido em primeiro grau, que, após o julgamento do recurso da parte contrária, pode lhe ser subtraído pela instância superior. O exemplo, em que estão presentes a criação de um ônus e a possibilidade de alteração ou mesmo de extinção de um direito já proclamado, como consequência do manuseio de uma prerrogativa processual, serve apenas para demonstrar como o retrato da relação processual, tirado em dado momento, pode com rapidez não refletir mais, passado breve espaço de tempo, a configuração atual do complexo de situações subjetivas que constituem o processo, dada a dinamicidade que faz com que surjam, modifiquem-se e desapareçam direitos, poderes, deveres, ônus e sujeições até o julgamento final da causa⁵⁵.

Cabe à lei processual definir o conjunto de situações jurídicas subjetivas que constituem esse complexo relacional denominado processo. Com efeito, para que essa unidade teleológica possa atingir sua finalidade, é preciso definir *quem* pode praticar cada manifestação de vontade ou de conhecimento que compõem o processo, qual o *conteúdo*

⁵⁴ Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, Campinas: Millennium, 2000, p. 37-8; e CASTILLO. Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa – contribución al estudio de los fines del proceso*, México: Universidad nacional Autónoma de México, 2000, p. 116.

⁵⁵ GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I – introdução ao direito processual civil, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 252.

desses atos a serem praticados e, por fim, quais os *efeitos* que podem validamente decorrer dos atos processuais. Constitui tema de processo, portanto, a definição de quais sujeitos podem praticar os atos processuais, conferindo legitimidade a determinada classe de pessoas ou de entes para exercer as prerrogativas processuais. É o que ocorre, por exemplo, com a disciplina da legitimidade para recorrer (CPC, art. 499)⁵⁶ e da legitimidade ativa e passiva para o processo de execução (CPC, arts. 566, 567 e 568)⁵⁷. Da mesma forma, é elemento integrante da definição legal de processo o estabelecimento do conjunto de prerrogativas que podem ser exercidas no curso do processo, como, por exemplo, a previsão do cabimento e da espécie recursal do agravo de instrumento (CPC, art. 522)⁵⁸, recurso dirigido à impugnação das decisões interlocutórias. Por fim, também se insere no campo do processo, nesse sentido estrito de relação jurídica complexa constituída por um feixe de posições jurídicas subjetivas voltadas à prestação da jurisdição, a definição de quais os efeitos que decorrem dos atos a serem praticados: interposto o recurso de agravo de instrumento, para retomar o exemplo anterior, se desse ato decorrerá apenas o efeito devolutivo ou também o automático prolongamento da paralisação da eficácia da decisão impugnada depende, como se sabe, do que disponha a lei processual (CPC, art. 527, III)⁵⁹.

Todos esses aspectos da relação jurídica processual, porém, não serão estudados como tema central deste trabalho, e isso mesmo no que toca ao campo dos recursos cíveis. Ao contrário, a preocupação que motiva este estudo consiste no exame de um aspecto diverso da prestação da jurisdição, que depende, por certo, do que disponham as regras de processo, mas que pode ser analisado de modo destacado. Cuida-se aqui, na realidade, da forma, da

⁵⁶ CPC, Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. § 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

⁵⁷ CPC, Art. 566. Podem promover a execução forçada: I - o credor a quem a lei confere título executivo; II - o Ministério Público, nos casos prescritos em lei. Art. 567. Podem também promover a execução, ou nela prosseguir: I - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos; III - o subrogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional. Art. 568. São sujeitos passivos na execução: I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo; II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV - o fiador judicial; V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

⁵⁸ CPC, Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

⁵⁹ CPC, “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...)III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”. A respeito do efeito suspensivo *ope legis* não como uma consequência do ato de interposição, mas sim como decorrência da mera perspectiva de cabimento do recurso, conferir BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 258.

exteriorização dos atos processuais que venham a ser praticados pelos sujeitos do processo, que consiste no *procedimento* como categoria jurídica. Com efeito, se o processo é a direção, o balizamento do que cabe a cada sujeito na relação jurídica processual, o procedimento é a contemplação externa desse movimento rumo à prestação jurisdicional⁶⁰. Para que a relação jurídica processual, essencialmente finalística, alcance seu objetivo último, é necessária a evolução do comportamento dos sujeitos do processo, fazendo uso da série de prerrogativas abstratas que a lei processual lhes confere para pôr em prática os atos processuais *in concreto*. E é aí, nessa atividade de transformação em realidade dos atos processuais, com alterações sensíveis ao mundo exterior, que toma lugar a figura do procedimento.

O esclarecimento da noção de procedimento, em confronto com o que se disse acima com relação ao processo, demanda que se retomem os exemplos antes formulados. Com efeito, enquanto cabe ao processo a definição, por exemplo, do legitimado para a interposição do recurso de apelação, cabe ao domínio do procedimento o estabelecimento dos requisitos de forma para a interposição, o processamento e o julgamento desse mesmo recurso. Se o processo cuida, de modo similar, das hipóteses em que se mostra cabível uma dada espécie recursal, cabe ao procedimento definir quais as etapas que, após a interposição, devem ser seguidas para que aquela mesma espécie de impugnação atinja sua finalidade, ensejando o rejuízo da matéria atacada. É sob a perspectiva do desenvolvimento de cada ato processual, portanto, do modo como eles se desenrolam e se conectam, que se estuda o procedimento no direito processual civil, sendo nesse sentido definido como a coordenação de vários atos autônomos com vistas à produção de um efeito jurídico final⁶¹.

Este objeto de estudo se desdobra em duas espécies de análise, que compõem, reunidas, a essência do procedimento⁶². Em primeiro lugar, trata o procedimento do exame do regime jurídico de *cada ato isolado* que deve ter lugar na atividade jurisdicional, definindo os requisitos de validade do modo pelo qual deve ser praticado. É assim, por exemplo, que cabe à matéria do procedimento o exame das formalidades e do modo de realização da audiência de instrução e julgamento em primeiro grau, regida pelos arts. 450 e seguintes do Código de Processo Civil, ou, mais proximamente do tema deste trabalho, da sessão colegiada de

⁶⁰ GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 36.

⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 102. Em sentido similar, aludindo ao procedimento como “*a coordenação de atos em marcha*”, v. CASTILLO. Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa – contribución al estudio de los fines del proceso*, México: Universidad nacional Autónoma de México, 2000, p. 116.

⁶² No sentido do texto, cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 1-2.

juízo em segundo grau, na linha do que prevêm os arts. 554 e seguintes do diploma federal. Fala-se em ato, neste ponto, como contraponto à noção de fato: enquanto este faz alusão a um acontecimento alheio à vontade humana, a categoria dos atos jurídicos depende de um comportamento voluntário praticado pelo homem⁶³. Deste modo, é do exame da decomposição do processo nos atos praticados por seus sujeitos, cada qual com requisitos e formalidades próprias, que cuida, em primeiro lugar, o procedimento.

De outro lado, o domínio do procedimento também abarca o exame da sequência, da concatenação legalmente prevista para que cada um desses atos, antes considerados isoladamente, contribuam para o atingimento do fim do processo. Ou seja, nesse segundo plano de análise é estudada a *sucessão de atos processuais* que devem ser praticados no desempenho da atividade jurisdicional, relacionados uns com os outros, todos ligados pelo fio condutor de conferir, ao final, tutela a quem tem razão, de acordo com as particularidades do conflito de interesses.

É este segundo plano de análise do procedimento que permite inserir em seu tema, por exemplo, o estudo das diversas espécies de rito enunciadas pelo Código de Processo Civil de 1973 a respeito da tramitação das causas, em *primeiro grau*, no que toca ao processo de conhecimento, no que se incluem, para nos limitarmos às previstas na lei geral, os chamados procedimentos especiais, segundo os arts. 890 e seguintes do CPC, em contraposição ao procedimento comum, que, por sua vez, subdivide-se em ordinário e sumário (CPC, art. 272). Verdadeiramente, cabe ao procedimento comum ordinário o papel de protótipo da disciplina formal da prática dos atos processuais, pois é por suas regras que os litígios que não se enquadrem em nenhuma das outras espécies de rito devem ser regidos. Define assim o legislador, através desse modelo básico de desenvolvimento dos atos processuais, a série contínua de atos a ser seguida para que a demanda seja apreciada pelo Estado-juiz em primeiro grau, com a disciplina da petição inicial, da resposta do réu, das providências preliminares, do julgamento conforme o estado do processo, das provas a serem produzidas, da audiência de instrução e julgamento e da sentença. Tal modelo básico⁶⁴, como regra abstrata, é cercado das mais profundas garantias fundamentais, com a ampla possibilidade de

⁶³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 202, o que evidentemente não afasta a pertinência também dos fatos processuais em sentido estrito para o procedimento, a exemplo do mero transcurso do tempo como motivo para a superação de uma dada etapa procedimental, ensejando a preclusão temporal.

⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 5: “Em tema de procedimento, ou rito, ou forma de processo, a técnica legislativa usual é a de começar-se por definir um modelo básico, destinado à adoção na generalidade dos casos, verdadeiro procedimento-padrão, para se estabelecerem depois as variações por acréscimo, supressão ou modificação de atos, donde resultarão procedimentos mais ou menos afastados do modelo básico, segundo a intensidade e número dessas alterações”.

postulação pelas partes, que não encontram restrição quanto à matéria a ser alegada ou quanto às provas a serem requeridas, e que por isso mesmo permite ao juiz a formação de seu convencimento por uma cognição plena e exauriente acerca das questões de fato e de direito suscitadas⁶⁵. É este modelo procedimental padrão, por sua própria natureza, que se aplica a todas as demais espécies procedimentais na hipótese de se configurar alguma lacuna normativa (CPC, art. 271 c/c art. 272, parágrafo único). É também a este procedimento que se deve recorrer quando cumulados, pelo autor, pedidos a que a lei reserve ritos diversos, conforme determina o art. 292, § 2º, do Código de Processo⁶⁶.

O Código, porém, parte muitas vezes da estrutura do procedimento comum ordinário para instituir modificações de diversos níveis. Um grande rol de hipóteses em que esse fenômeno ocorre diz respeito aos denominados *procedimentos especiais de jurisdição contenciosa*, previstos no Título I do Livro IV do Código de Processo Civil. Da leitura dos arts. 890 e seguintes do Código, que não excluem, por certo, outros ritos previstos na legislação extravagante⁶⁷, compreende-se ser comum que o legislador opere verdadeira formatação do procedimento à luz de particularidades da relação jurídica de direito material que deve ser apreciada. É a especial configuração da relação jurídica controvertida, assim, que dita, por exemplo, a definição do procedimento pertinente às ações possessórias (CPC, arts. 920 e segs.), em que o legislador, tendo em vista o risco de quebra da ordem social pela justiça privada, instituiu rito voltado especificamente para a proteção imediata, através de medida liminar (CPC, art. 928), do possuidor turbado ou esbulhado. Mas não só esse critério, porém, pauta a atuação do legislador nesse campo. Ao contrário, a criação de procedimentos especiais também tem em vista a utilidade alcançada, em determinadas hipóteses, com a perspectiva de junção, *ab initio*, de funções cognitivas e executivas em um mesmo rito, como se passa com a ação monitória (CPC, arts. 1.102-a a 1.102-c), que em tese ficariam condicionadas a momentos sucessivos se seguido o procedimento comum ordinário.

Importa mais ao presente trabalho, no entanto, hipótese diversa de modulação do procedimento, e que se conecta, no que toca aos seus fundamentos, com a ideologia que

⁶⁵ Acerca dos planos *horizontal* e *vertical* da cognição, conferir o clássico trabalho de WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, Campinas: Bookseller, 2000, p. 111 e segs., sendo que, especialmente à p. 124, *in fine*, torna claro o autor a íntima conexão que existe entre o procedimento e a formatação da cognição judicial.

⁶⁶ É nesse sentido que se afirma que o procedimento comum ordinário configura “*como que o pano de fundo*” das demais espécies procedimentais (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, Campinas: Millennium, 2000, p. 588).

⁶⁷ Como se passa com o mandado de segurança (Lei nº 12.016/09), com a ação popular (Lei nº 4.717/65), com as ações do controle abstrato de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99), com a ação de desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41), com o *habeas data* (Lei nº 9.507/97) e com a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), para listar apenas alguns exemplos, e sem conferir relevo à criticável utilização do termo “ação” para designar o procedimento através do qual deve ser conduzida a demanda.

presidiu a progressiva ampliação dos poderes do relator nos órgãos recursais. Ao contrário do que ocorre nos procedimentos especiais listados no Título I do Livro IV do Código, há casos em que a motivação do legislador, para desviar-se do modelo básico do procedimento comum ordinário, consiste apenas na *simplicidade social* ou na *menor complexidade* de determinadas espécies de conflitos, que conduzem a um julgamento também mais simplificado da causa, por uma formatação abreviada do procedimento teoricamente com mais rapidez e com menos custos⁶⁸. Segundo a lei, essa simplicidade, que enseja a aplicação de uma espécie procedimental própria – o procedimento comum *sumário*⁶⁹ (CPC, art. 275 e segs.) – deve ser aferida através de dois critérios: ou pelo valor da causa (CPC, art. 275, I), ou pela natureza da relação litigiosa (CPC, art. 275, II, alíneas ‘a’ a ‘h’)⁷⁰.

É bem verdade que este último critério, ligado à matéria posta em juízo, denota uma nítida aproximação entre o procedimento comum sumário e os procedimentos especiais, eis que ambos, resguardadas as ressalvas já expostas, têm seus respectivos âmbitos de incidência definidos a partir da particular configuração da relação jurídica de direito material controvertida, ao contrário do que se passa com o procedimento comum ordinário, observável por exclusão da aplicabilidade dos demais⁷¹. Há um traço distintivo, porém, entre aquelas duas primeiras espécies de procedimento. Com efeito, enquanto os procedimentos especiais, em teoria, miram na configuração da relação de direito material para, a partir daí, definirem as etapas a serem seguidas e os requisitos dos atos a serem praticados, o procedimento comum sumário apenas faz uso de uma catalogação de relações de direito material específicas, como a parceria agrícola (alínea ‘a’) ou o ressarcimento por conta de acidente de veículos terrestres (alínea ‘d’), para definir um único procedimento padrão para todas elas, e que não se liga

⁶⁸ Para uma crítica acerca do regime legal do CPC quanto ao procedimento comum sumário à luz dessas finalidades, cf. GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I – introdução ao direito processual civil, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 430-2. O escopo maior da celeridade por detrás do então chamado procedimento *sumaríssimo* foi realçado, na época da entrada em vigor do Código, por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O procedimento sumaríssimo*, In: *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1974, p. 126; e, do mesmo autor, nos dias atuais, cf. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 104.

⁶⁹ A Constituição reserva, atualmente, a expressão *procedimento sumaríssimo* ao que tem lugar nos juizados especiais, conforme previsão do art. 98, I, do texto constitucional: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...)”. As regras específicas a respeito do procedimento nos juizados especiais cíveis, estaduais e federais, inclusive com o novel sistema dos juizados da Fazenda Pública, estão situadas nas Leis nºs 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09.

⁷⁰ A respeito da interpretação dos mencionados dispositivos, bem como de tudo o mais que toca ao regime do procedimento comum sumário, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 101-111; e PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 90 e segs.

⁷¹ Apontando essa aproximação entre os procedimentos especiais e o procedimento comum sumário, cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 05.

umbilicalmente à particular configuração dessas mesmas relações jurídicas, mas sim àquele fundamento anterior, e mais profundo, consistente na simplicidade que em todas elas se faz presente.

Decorre daí que, apesar das variações encontradas nos diversos temas materiais enunciados nas oito alíneas do inc. II do art. 275 do CPC, a todas elas se aplica, uniformemente, um mesmo procedimento, o que não se ajusta à lógica que preside os procedimentos especiais. Portanto, nos procedimentos especiais a relação jurídica de direito material serve de fundamento *imediato* para a definição da forma e da sequência dos atos processuais, ao passo que no procedimento sumário a relação jurídica de direito material, nos casos do inc. II do art. 275 do CPC, exerce a função de fundamento *mediato*, de um sinal eleito pela lei para classificar o tema discutido no conflito como merecedor de uma solução mais célere, deixando de ter qualquer influência, após isso, para a definição da forma ou da sequência dos atos a serem praticados.

A incidência do procedimento comum sumário torna aplicável ao feito uma estrutura procedimental própria, explicitada pelos arts. 275 a 281 do CPC em diversos pontos; apenas quando omissa a disciplina específica, portanto, é que se mostrarão aplicáveis de modo subsidiário, como já se viu mais acima, as regras do procedimento comum ordinário. De forma breve, as principais variações que se mostram presentes consistem nas seguintes, todas fundadas no ideal de concentração dos atos processuais – e isso até com certa dose de exagero: (i) a exigência de indicação de provas, com o rol de testemunhas e com os quesitos, para o caso, respectivamente, de prova testemunhal e pericial, com o oferecimento da inicial da demanda; (ii) a designação imediata de audiência a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu de acordo com a previsão do art. 277, *caput*, do que decorre o prazo mínimo de dez dias para defesa; (iii) na própria audiência, caso frustrada a tentativa de conciliação, deve ser oferecida a contestação pelo réu, na qual se mostra cabível o oferecimento de pedido contraposto (CPC, art. 278, *caput* e §1º); e (iv) deve o juiz, na própria audiência, caso inexistentes outras provas, proferir a sentença, ou prolatá-la em audiência de instrução e julgamento a ser realizada em data próxima, não excedente de trinta dias (CPC, art. 278, § 2º)⁷².

É relevante assinalar, portanto, que a incidência do procedimento sumário leva à exclusão do campo de aplicação do procedimento comum ordinário. Algo diverso ocorre

⁷² Sobre o tema, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 101-111; e PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 90 e segs.

quando entram em operação, no procedimento comum ordinário, as técnicas previstas nas Seções I e II do Capítulo V do Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil, que, ao tratar do julgamento conforme o estado do processo, institui os casos de extinção do processo sem exame de mérito (CPC, art. 329) e de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330).

De forma geral, o desenrolar de uma causa de acordo com o procedimento comum ordinário engloba o percurso por quatro fases distintas, que, embora não sejam separadas de modo absolutamente nítido, sucedem-se por um critério de predominância: a fase postulatória, a fase de saneamento, a fase instrutória e a fase decisória. Ocorre, no entanto, que muitas vezes a realização da fase instrutória, com a audiência de instrução e julgamento que nela tem lugar, pode se mostrar absolutamente desnecessária, seja diante da constatação da ausência de um dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito – pressupostos processuais e condições da ação –, seja quando o julgamento de mérito (i) não depender do esclarecimento de fatos controvertidos ou, ainda que dependendo, a apuração de tais fatos dispensar a produção de provas orais em audiência, ou (ii) for decorrência de reconhecimento da procedência do pedido, de transação, da configuração de decadência ou prescrição, ou, ainda, de renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda⁷³. Em todos esses casos, migra-se da fase postulatória diretamente para a fase decisória, que conduz ao encerramento do procedimento em primeiro grau, abreviando-o com a supressão da designação de audiência de conciliação (CPC, art. 331) e, sucessivamente, de audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 444 e segs.), nas quais ocorrem, novamente pelo critério da predominância, as fases de saneamento e de instrução.

O fenômeno descrito, portanto, consiste em verdadeira *abreviação procedimental*, porquanto do paradigma de um *procedimento completo*, composto pelas quatro fases antes mencionadas, e pelas etapas procedimentais em que elas afloram, assume forma um *procedimento abreviado*, dispensando-se etapas formais que, *in concreto*, mostram-se desprovidas de razão de ser⁷⁴. E, ressalte-se desde logo, a lógica que o preside é a mesma que informa a mecânica do julgamento monocrático dos recursos, como se mencionará adiante.

⁷³ O inciso II do art. 330, embora mencione genericamente a revelia como uma hipótese em que deva ocorrer o julgamento antecipado da lide, apenas pode ser validamente aplicado quando se operar o denominado efeito material da revelia (CPC, art. 319), que afasta, por decorrência lógica, a possibilidade de configuração de controvérsia sobre fatos. Quando não se operar tal efeito, ao contrário, caberá ao autor requerer as provas que pretende produzir para demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (CPC, art. 333, I, c/c art. 320). Deste modo, a hipótese do inc. II do art. 330, a bem da verdade, é inócua, porquanto o julgamento antecipado da lide depende sempre, seja ou não o réu revel, da desnecessidade de produção de provas em audiência, o que já se encontra previsto, de modo exaustivo, no inc. I do mesmo art. 330 do CPC, que por uma interpretação sistemática também se estenderia ao caso de revelia.

⁷⁴ Nesse sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O procedimento ordinário*, In: *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1974, p. 103-4; e, do mesmo autor, *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 95-98.

Pois bem. O exame panorâmico dessas diversas espécies de ritos elencadas no Código de Processo Civil de 1973, com suas múltiplas configurações, elucida que o estudo do procedimento, na realidade, engloba não só o exame dos requisitos formais de cada ato processual a ser realizado, mas também o encadeamento entre tais atos, ordenando-os segundo uma sequência lógica preestabelecida⁷⁵. Quando analisados a fundo esses objetos, duas consequências teóricas podem ser extraídas: uma de cunho funcional e outra de viés material.

Do ponto de vista funcional, os atos que se inserem no procedimento cumprem o papel de premissas, de condições de admissibilidade da prática dos posteriores, eis que todos intimamente vinculados por um mesmo fio condutor, que os une por uma relação de dependência. É assim, por exemplo, que a *validade* dos atos posteriores subordina-se à higidez dos atos que lhe serviram de premissa⁷⁶, tal como proclama, em linhas gerais, o art. 248, primeira parte, do Código de Processo Civil, cuja aplicação é sempre temperada pela regra da instrumentalidade das formas⁷⁷. Por exemplo, e no que toca particularmente ao procedimento recursal, o vício da distribuição de um recurso inquina de inválidos os atos que a isso se seguirem, a exemplo de eventual julgamento monocrático da impugnação. De igual modo, caso suprimida, de forma ilegal, a sustentação oral das partes, nos casos em que lhes é assegurada, por lei, tal prerrogativa (CPC, art. 554), não há como afastar a nulidade dos atos que se seguirem, em especial a deliberação colegiada assim tomada com ofensa à garantia do contraditório participativo.

É também o aspecto funcional do procedimento que confere especial significado à *efetividade* de cada ato inserido na sequência preestabelecida na lei. Ao coordenar todos os atos à luz de uma finalidade, a lei faz com que a eficácia de cada uma dessas etapas, na realidade, seja medida pelo conteúdo do ato culminante do procedimento, a saber, o ato decisório a expressar a prestação jurisdicional. Com efeito, e ainda no que toca à já mencionada sustentação oral, a efetividade da manifestação das partes, na sessão de julgamento dos recursos, é aferida pela dimensão da repercussão desse ato no conteúdo do ato que lhe é imediatamente seguinte, qual seja: o julgamento colegiado. O vínculo lógico-

⁷⁵ No mesmo sentido, ressaltando os dois aspectos que compõem o procedimento, cf. GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I – introdução ao direito processual civil, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 416: “O procedimento rege os requisitos formais do processo de dois principais modos: um que dispõe sobre a série sucessiva, a cadeia de atos do processo e os respectivos prazos; e outro que regula os requisitos de cada ato do processo individualmente”.

⁷⁶ Nesse sentido, GUASP, Jaime, e ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil, Tomo I – Introducción y parte general*, Navarra: Thomson/Civitas, 2005, p. 349.

⁷⁷ A instrumentalidade das formas é consequência do que prevêm os arts. 244, 249, §§ 1º e 2º, e 250, parágrafo único, do CPC. Sobre o tema, conferir a clássica lição de PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 129 e segs.

finalístico que une esses dois atos é o mesmo que une, em primeiro grau, a atividade de instrução e a sentença, porquanto é na sentença que o material trazido à cognição do juiz se convola em razão de decidir, integrando a motivação do ato decisório. A eficácia das provas produzidas será medida, assim, pelo impacto que cada uma delas for capaz de causar na mente do julgador, com a reconstrução mais fiel possível da verdade dos fatos tal como se passaram no mundo da vida, da mesma forma que ocorre com relação à eficácia da sustentação oral, igualmente dependente da influência que as razões assim manifestadas sejam capazes de exercer sob o convencimento dos membros do colegiado.

Assim, o aspecto funcional atua em dois vieses: cada ato depende, para ser válido, da existência e da validade do que lhe foi anterior, e, da mesma forma, cada ato depende, para ser considerado verdadeiramente eficaz, do conteúdo do ato que lhe é subsequente, pois esse é o lócus em que se faz possível dimensionar a produção dos efeitos dos atos anteriores. Desta forma, como ensinam Jaime Guasp e Pedro Aragonese, “*el procedimiento es una pluralidad de actos característicamente coordinados de modo que cada uno de ellos es presupuesto de admisibilidad de los siguientes y condición de eficacia de los anteriores*”⁷⁸. Na origem de tal afirmação reside a unidade teleológica que informa a compreensão do próprio processo, na linha do que já foi afirmado anteriormente, conferindo sentido e utilidade a cada ato praticado na medida em que contribua para o conteúdo da prestação jurisdicional final.

Paralelamente, da noção de procedimento decorre um outro aspecto, dessa vez de cunho material. Com efeito, as regras procedimentais representam uma redução da incerteza do que as partes poderiam esperar da conduta do juiz, e mesmo do que cada parte poderia esperar do comportamento de seu adversário⁷⁹. Cada ato do procedimento recursal, como se verá no curso deste trabalho, tem em vista o atingimento de determinadas finalidades, que assim permanecem latentes à previsão das regras formais a serem cumpridas. Se fosse dado a cada magistrado o ofício de interpretar diretamente essas diversas finalidades, simplesmente ignorando a redação das regras jurídicas instituídas pelo legislador, poder-se-ia chegar, em cada caso concreto, a cenários muito distintos conforme a compreensão que lhes conferisse o intérprete. Por exemplo, se a finalidade por detrás da deliberação colegiada é a submissão da causa a um exame mais rigoroso, nada excluiria a possibilidade de que uma Câmara julgadora, caso tivesse de aplicar diretamente tal finalidade e não as regras formais expostas

⁷⁸ GUASP, Jaime, e ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil, Tomo I – Introducción y parte general*, Navarra: Thomson/Civitas, 2005, p. 348.

⁷⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 329.

no CPC, determinasse a necessidade de atuação não só de um revisor, mas de dois, e não só em sede de apelação, como prega o art. 551 do CPC, mas em todo e qualquer recurso, quiçá mesmo em julgamento de agravo interno. Se esse exemplo parece, do ponto de vista garantístico, até salutar, já que em reforço da cognição a ser exercida por cada membro do colegiado, não poderia ser afastada, da mesma forma, a hipótese inversa, isto é, a definição do regime jurídico da sessão colegiada, por exemplo, sem o dever de prévia intimação das partes para julgamento, sob o pretexto de conciliação entre os princípios do contraditório e da celeridade processual, de modo que, supostamente, a participação dos interessados já se faria possível apenas pelo acompanhamento, de forma espontânea, do andamento do processo *in loco*.

O que é relevante assentar, neste ponto, é o modo como o estabelecimento de regras procedimentais, assegurando uma determinada série de atos e os requisitos para a prática de cada ato, reduz a margem de incerteza dos sujeitos do processo. Essa previsibilidade assegura, do ponto de vista material, que a defesa a ser exercida pelas partes possa o ser do modo mais eficaz possível, em prestígio à *garantia do contraditório participativo*, já que resultado de um planejamento e de uma articulação prévia de todos os elementos disponíveis, a serem apresentados de acordo com a estratégia eleita⁸⁰. É bem verdade, por outro lado, que não pode ser acolhido um formalismo excessivamente rígido, em que o cumprimento das exigências formais seja elevado a fetiche inarredável, predominando a literalidade das regras ainda que sobre o interesse verdadeiramente protegido⁸¹. Justamente para essas hipóteses, como se sabe, é que incide o já antes mencionado princípio da instrumentalidade das formas, que permite o aproveitamento de atos praticados sem a observância das formas legais quando, ainda assim, tenha sido alcançada a sua finalidade e não tenha daí decorrido qualquer prejuízo às partes⁸².

⁸⁰ A mesma preocupação se encontra na obra de Leonardo Greco, ao comentar os riscos que podem advir de um regime procedimental excessivamente concentrado, caracterizado pela determinação da prática de inúmeros atos em um mesmo momento processual, como o modelo da audiência una em vigor no processo trabalhista (CLT, arts. 843 a 852), que muitas vezes dá margem à flexibilização do procedimento por cada magistrado, pois, diante da impossibilidade prática de cumprir o que prega a lei, estipulam *in concreto* uma sequência própria a ser seguida, *in verbis*: “Penso que essa situação – de criação de um procedimento alternativo pelo juiz – não é desejável, pois impede que as partes arquetem a defesa dos seus interesses, já que para planejá-la é necessário que haja uma previsão da sequência dos atos do processo e dos seus possíveis desdobramentos. A mudança de rumo do processo retira essa previsibilidade e pode causar prejuízo grave à ampla defesa das partes” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I – introdução ao direito processual civil, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 424). Substancialmente, a mesma tese é exposta pelo autor em GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 265, aludindo à previsibilidade do procedimento como elemento componente do direito de defesa.

⁸¹ Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 08 e segs.

⁸² Dessa forma, não seria exagerado afirmar que o *princípio da instrumentalidade das formas* atua como técnica de flexibilização procedimental *a posteriori*, chancelando atos processuais cuja prática tenha observado, embora não a forma, mas sim a finalidade por detrás das exigências formais previstas em lei.

Porém, desse temperamento das exigências formais não se pode extrair uma tolerância com a absoluta liberalidade das formas, relegadas a permanecerem à espera do que prescreva o magistrado, o que redundaria em um inegável convite ao arbítrio judicial, com sensível prejuízo à segurança das partes. Não há, com efeito, modo de exercer o contraditório participativo de maneira eficaz com a convivência com a denominada *surpresa processual*, isto é, a modificação casuística abrupta, e em prejuízo das partes, do rumo a ser tomado pelo processo, inclusive com a imposição de exigências formais possivelmente irrazoáveis⁸³. Ademais, também a atuação do magistrado, sob esta ótica, beneficia-se da previsão em lei da ordem e da forma dos atos a serem praticados. Do contrário, caberia ao juiz, em cada caso concreto, extrair dos contornos relevantes da relação jurídica de direito material, preferencialmente ao despachar a petição inicial, as consequências procedimentais que mais se adaptariam à espécie de conflito, o que demandaria um considerável esforço intelectual por uma Justiça já refém de um volume de processos incompatível com sua capacidade de trabalho⁸⁴. Novamente, é crucial entender a previsão em lei do procedimento como um fator de redução da incerteza, do que decorre a desnecessidade de dedicação a este ponto de esforços, pelo magistrado, que melhor se ajustariam à apreciação do mérito dos conflitos de interesses.

É digno de menção, ainda neste ponto, o fato de a disciplina do procedimento ser informada por princípios específicos, que recebem a denominação de *princípios procedimentais*, a exemplo dos princípios da oralidade, da publicidade e da concentração dos atos processuais⁸⁵. Dificilmente seria concebível, do ponto de vista prático, um procedimento que pudesse ser tido como ‘puro’ à luz de tais princípios, e que não fosse sequer tocado pelos vetores da escritura, do sigilo e da fragmentação dos atos processuais: a conciliação entre esses dois extremos, identificando-se o justo meio, compete, como regra, à discricionariedade do legislador, que assim esmiúça o conteúdo das regras formais à luz dos anseios da sociedade. No entanto, mostra-se relevante ressaltar os contornos de uma verdadeira tendência, cujo exame será retomado no tópico a seguir, de *constitucionalização* de

⁸³ Reside neste ponto o grande risco da temática da flexibilização do procedimento, conforme abordado por GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 77 e segs.

⁸⁴ Ressaltando este fator, além dos riscos para a isonomia dos jurisdicionais que poderiam advir de tal regime, cf. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 143.

⁸⁵ A respeito de tais princípios, cf. GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 398 e segs. Quanto aos princípios da oralidade e da concentração, é referência a obra de CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite*, Giuffrè: Milano, 1971.

determinados princípios antes afetos apenas ao domínio do direito processual civil, e que assim passaram também a adentrar o campo do direito constitucional.

Embora o fenômeno tenha ocorrido com mais intensidade no domínio das *garantias fundamentais do processo*, como será visto a seguir no item 1.3, a verdade é que também foram por ele tocados alguns dos princípios procedimentais, e isso mesmo no caso do Brasil⁸⁶. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 98, I, que o procedimento pertinente aos juizados especiais deve ser realizado de modo necessariamente *oral*, com isso cristalizando, acima da alçada do legislador, o princípio da oralidade como norte para a definição do procedimento naquele ramo da justiça. De outro lado, o texto constitucional também trata especificamente, e já agora em previsão mais abrangente, do princípio da publicidade dos atos processuais, na forma dos arts. 5º, LX, e do art. 93, IX, da Constituição, e com isso tolerando sua restrição apenas em razão de valores como intimidade e interesse social⁸⁷. Tais previsões servem, portanto, para restringir a margem de discricionariedade que o legislador detém na formatação do procedimento, que necessariamente deve observá-las sob pena de incorrer em inconstitucionalidade⁸⁸.

A título de conclusão, duas últimas notas. Em primeiro lugar, e como se verá mais à frente, no Capítulo 2, item 2.2.1, a distinção entre processo e procedimento, além da relevância que ostenta do ponto de vista teórico, foi eleita pela Constituição Federal de 1988 como um critério de distribuição de competência legislativa entre a União e os Estados-membros, o que só reforça a necessidade de que a seu respeito sejam dedicados estudos específicos. De outro lado, e reiterando os elementos conceituais já afirmados acima, a transposição da base teórica do procedimento como categoria jurídica ao plano dos recursos permite definir o *procedimento recursal* como *a sequência legalmente prevista de atos necessários para o julgamento dos recursos cíveis, bem como o conjunto de requisitos*

⁸⁶ Exemplo similar pode ser colhido no direito espanhol, cuja Constituição prevê também a oralidade e a publicidade como imposições ao legislador processual, *verbis*: “Art. 120. 1. *Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.* 2. *El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. (...)*”. Sobre o tema, conferir LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 324 e segs; e GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 245, que relata a existência de previsão constitucional do princípio da oralidade também nas Constituições da Áustria e da Dinamarca.

⁸⁷ O princípio da publicidade, por se tratar também de uma garantia fundamental estrutural do processo com especial repercussão sobre a mecânica da deliberação colegiada, será abordada com mais vagar no Capítulo 3.

⁸⁸ Há previsão de princípios procedimentais também na Constituição do Estado de São Paulo, cujo art. 2º possui a seguinte redação: “Art. 2º - A lei estabelecerá procedimentos judiciários abreviados e de custos reduzidos para as ações cujo objeto principal seja a salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais”. Para uma defesa da constitucionalidade deste dispositivo à luz da competência legislativa deferida aos Estados pelo art. 24, XI, da Constituição Federal, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*, Revista dos Tribunais, vol. 657, 1990, p. 34-6.

formais que incidem sobre o modo de ser e a validade de cada um desses atos, considerados em si mesmos.

1.3. As garantias fundamentais do processo

A disciplina do processo civil, como ramo da atuação do poder público, está submetida ao princípio da legalidade. Cabe à lei traçar o caminho a ser seguido desde a propositura da demanda até o ato culminante do processo – a prestação da tutela jurisdicional –, balizando assim a conduta do juiz e das partes. Tal subordinação à lei, como não se ignora, incide não só no que toca à sequência lógica de atos a serem praticados e às exigências formais para a realização de cada ato, que constituem, como visto acima, o procedimento, mas também quanto aos aspectos tipicamente processuais da relação jurídica processual, como a disciplina dos sujeitos do processo, do conteúdo e dos efeitos de cada ato processual⁸⁹.

Como toda lei, a lei processual, entendida nesse sentido amplo, é fruto das manifestações da vontade coletiva que, como é próprio ao jogo das democracias representativas, mostrem-se prevacente em um dado momento histórico. Cabe aos órgãos de representação política a tradução, em texto normativo, das múltiplas aspirações que a sociedade pluralista contemporânea manifeste com relação aos mais diversos domínios da conduta humana, harmonizando a vida em comum, e não se passa diferente com os institutos do direito processual civil. É assim, por exemplo, que valores culturais, como o pensamento individualista e liberal, são canalizados pelo legislador para impor ao processo civil norte-americano o viés marcadamente *adversarial*, conferindo, como regra, a sorte do litígio exclusivamente ao comportamento adotado por cada parte no processo, sem muito espaço para que o juiz atue positivamente como garantidor da paridade de armas entre os litigantes ou mesmo para assegurar a busca pela chamada *verdade real* na atividade de instrução⁹⁰. De outro lado, é o anseio social que conduz, na atualidade, à incessante busca por instrumentos

⁸⁹ O exame das diversas espécies normativas que influenciam o procedimento recursal, sob a égide da Constituição de 1988, será tratado no Capítulo seguinte, no item 2.2.1.

⁹⁰ Sobre o tema da influência da cultura para a modelagem das linhas gerais do processo civil norte-americano, cf. CHASE, Oscar. *Law, culture, and ritual – disputing systems in cross-cultural context*, New York: New York University Press, 2005, especialmente às pp. 47 e segs. Perspectiva similar é utilizada, com os olhos postos no direito italiano, por TARUFFO, Michele. *Cultura y proceso*. In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 189-211. Especificamente sobre a postura do juiz norte-americano no terreno probatório, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*, In: *Temas de direito processual*, nona série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 43 e segs.

que acelerem a prestação jurisdicional, como a crescente expansão contemporânea da tutela sumária⁹¹ e do regime de irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias⁹², dado o inconformismo com o cenário de esgotamento do modelo tradicional de atuação do Judiciário, incapaz de responder a tempo aos conflitos que lhe são trazidos a julgamento. O apego ao regionalismo, por sua vez, conduz a que à competência territorial, em Estados federados, seja conferido o regime da inderrogabilidade, aproximando-se das regras sobre competência *absoluta* no direito brasileiro, diante da desconfiança quanto ao julgamento do cidadão por Estado-membro diverso daquele a que pertence.

Uma grande parcela do conteúdo da disciplina processual, assim, encontra-se nas mãos da liberdade de conformação do legislador, que a define com o fim de refletir, de forma tão íntima quanto possível, a vontade latente dos cidadãos acerca do modo como a Justiça civil tem de ser colocada em prática.

Essa margem de atuação do legislador não lhe é deferida, porém, sem parâmetros. A evolução do processo civil ao longo do tempo fez transparecer a necessidade de que alguns valores fundamentais, alguns princípios que delineiam as bases das relações entre juízes e partes, fossem assegurados mesmo contra o próprio legislador, de modo a que não estivesse ao alcance deste último suprimi-los ocasionalmente. No plano das ideias, o processo civil, por certo, tem de ser concebido como um instrumento democrático para a solução de conflitos de interesses, viabilizando a participação daqueles que terão sua esfera jurídica atingida pela decisão a ser tomada por um órgão independente e imparcial. Mas na medida em que se desce desse norte ideal para a disciplina concreta conferida ao processo pelos legisladores nos Estados soberanos, é possível, como de fato já se passou na história, que o regramento do processo seja utilizado com o fim de manipulação desse instrumento estatal em prol dos titulares do poder político, dando espaço a que finalidades como a supressão de direitos fundamentais e a afronta à integridade de minorias sejam colocadas em prática sob uma veste de legitimidade formal. Em outras palavras, também o processo civil, como ramo da relação entre Estado e indivíduo, pode servir como instrumento de opressão, de desmandos dos agentes titulares de poder contra a esfera jurídica dos cidadãos⁹³.

⁹¹ Cf., a esse respeito, TARUFFO, Michele. *Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 269-283.

⁹² Como já mencionado anteriormente, a análise do regime da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no Projeto de Código de Processo Civil de 2010 foi levada a cabo em outra oportunidade, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil*. In: *O novo processo civil brasileiro - Direito em expectativa (Reflexões acerca do Projeto de novo Código de Processo Civil)*, (org.) Luiz Fux, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 365-435, sendo que às pp. 372-6 encontra-se um breve relato do panorama da adoção de tal sistema no direito comparado.

⁹³ Já José Frederico Marques havia ressaltado a relação entre o direito processual e o regime político dos Estados soberanos, assinalando que “o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, muitas vezes, às diretrizes políticas que informam e

A experiência do segundo pós-guerra foi, lamentavelmente, bastante rica nesse ponto. Com efeito, a assunção do poder político por regimes autoritários e totalitários escancarou ao mundo, como noticiado na doutrina do direito constitucional⁹⁴, os perigos a que podem ser submetidos a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais caso relegado seu cumprimento à vontade volúvel do legislador, por definição capaz de mover-se levando em conta tão-somente as demandas da maioria, nem sempre guiadas pela prudência. Esse movimento, no campo mais geral dos direitos humanos, deu ensejo à supressão de liberdades fundamentais, como as de crença, de expressão e de reunião⁹⁵, o que desembocou principalmente no campo do direito material penal e no direito processual penal, cujos traços foram remodelados para que se adaptassem à ideologia então em vigor⁹⁶.

Mas mesmo o processo civil não passou ileso. Para que se realizasse o programa de Estado do governo nacional-socialista, de fortes ataques padeceram as garantias fundamentais da independência e da imparcialidade dos julgadores, porquanto alçados os juízes, da postura equidistante indispensável para a tutela dos direitos subjetivos, ao papel de agentes atuantes da vontade do *Führer*, à luz da qual deveriam pautar suas decisões⁹⁷. A crença de que, quando informado pelo *Führerprinzip*, estaria ao alcance do juiz a solução invariavelmente correta para os conflitos, conduziu também a que encontrasse eco no Estado nazista até mesmo a tese da desnecessidade de observância da garantia fundamental do contraditório participativo no processo judicial, de vez que a decisão justa, pensava-se, poderia ser atingida ainda que sem a

plasmam a estrutura do Estado. A intervenção jurisdicional, que se opera através do processo civil, sujeita os particulares à atuação do Estado, com limitações ao *status libertatis* do indivíduo. Impossível, por isso, subtrair a norma processual civil dos princípios deontológicos que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 59).

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*, in *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 63.

⁹⁵ Para um aprofundado estudo sobre o modelo totalitário de governo, cf. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 439 e segs.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 97.

⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 334, que, após assinalar que as doutrinas fascista, nacional-socialista e comunista possuem o denominador comum de se utilizarem do processo como meio para que o Estado alcance seus fins políticos (p. 331), leciona: “El derecho nacional-socialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el derecho reside en el pueblo y há que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular es el Führer. Las palabras literales de Seydel, que es el que há llevado más lejos este desarrollo, son: ‘Se debe partir del concepto del pueblo como comunidad viviente en el cual el ciudadano reviste la condición de miembro; y ver en el derecho la ordenación de la vida de esta comunidad. Propósito del procedimiento civil sería el mantenimiento del orden en la comunidad. El juez no sería más un médio que el Estado ponde a disposición de las partes para decidir sus conflictos privados, sino un representante soberano de la ley, y, en consecuencia, uno de los más importantes ejecutores de la voluntad del Führer. No se halla por encima de las partes como órgano neutral sino como miembro activo de la comunidad, inspirándose en los sentimientos de esa comunidad a la que sirve y pertenece’”. Também ressaltando a tendência de subordinação da Justiça civil aos interesses do Führer no direito nazista, cf. TARUFFO, Michele. *La justicia civil*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 161.

cooperação das partes⁹⁸. Fenômeno similar se passou na Itália, na qual sofreu drástica redução de seu âmbito de incidência a garantia do acesso à tutela jurisdicional efetiva, na medida em que sucessivas leis subtraíram da censura das justiças civil e administrativa os atos praticados pelas altas autoridades do governo no poder⁹⁹, o que, no Brasil, também foi colocado em prática pela ditadura militar através da edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, cujo art. 11 excluía “de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”¹⁰⁰.

Este panorama evidencia as consequências que podem advir da subordinação integral das regras de processo civil à vontade das maiorias ocasionais. E foi diante do receio de que novas violências fossem cometidas ao núcleo da noção de *processo justo* ou *equitativo*, ou de um *devido processo legal*, que tomou corpo, em escala mundial, o fenômeno da *constitucionalização das garantias fundamentais do processo*¹⁰¹.

Embora com origens mais remotas na *Magna Carta* inglesa de 1215 e no *Bill of Rights* norte-americano de 1791¹⁰², em especial na Quinta Emenda que compõe este último, a verdade

⁹⁸ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543.

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 97-8.

¹⁰⁰ Para uma análise do referido dispositivo à luz da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, v. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 174-5.

¹⁰¹ Sobre a temática das garantias fundamentais do processo, cf. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, in *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-86; CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974, p. 525-70; PICÓ Y JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997; TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano: Giuffrè, 1974; ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Ed. G. Giappichelli, 1988; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2004; TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-75; AROCA, Juan Montero. *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006; BUERGENTHAL, Thomas. *Comparative study of certain due process requirements of the european human rights convention*, Buffalo Law Review, vol. 16, 1966, p. 18-54; COUTURE, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 17-95; RINCÓN, Jorge Carreras del. *Comentarios a la doctrina procesal civil del tribunal constitucional y del tribunal supremo*, Madrid: Marcial Pons, 2002; AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*, Valência: Tirant lo blanch, 2008, p. 62-168; LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009; NAVARARRETE, Antonio María Lorca. *Estudios sobre garantismo procesal – El derecho conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho, 2009; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamérica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*, In: *Estudos de direito processual constitucional – homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*, (org.) Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, pp. 47-55; PORTO, Sérgio Gilberto e USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Bushatsky, 1975.

¹⁰² COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 47 e segs.

é que a irradiação mundo afora dessa tendência ocorreu, a rigor, após o fim da segunda guerra mundial, a partir da segunda metade do século XX, notadamente nos países da denominada família do *civil law*¹⁰³. Foi nessa época, com efeito, que os povos da Europa continental, na reestruturação do pós-guerra, pretenderam traduzir em textos normativos de hierarquia superior valores mais fundamentais de justiça, a fim de subtraí-los do alcance de movimentos políticos de viés autoritário ou totalitário que pudessem vir, novamente, a tomar o poder. E o instrumento de que se fez uso para atingir tal desiderato foi a Constituição¹⁰⁴. Como ensina a doutrina do direito constitucional, é através da Constituição, por suas normas, que são reconhecidos aos indivíduos direitos fundamentais para lhes proteger principalmente diante de atos estatais¹⁰⁵, e é igualmente através da Constituição que são previstas as formas mais basilares de participação dos cidadãos no conteúdo dos atos do Estado, de modo que o texto constitucional serve de norte para a legitimidade do exercício das funções públicas, definindo-lhes os limites e, ainda, prevendo formas para que os interessados as provoquem¹⁰⁶.

A Constituição, então, funciona como uma espécie de *trincheira*, uma forma de proteção de princípios basilares diante de eventuais atentados que possam ser cometidos pelos agentes do Estado, que, no exercício de suas funções, podem ser tomados pelo impulso de satisfazer a vontade predominante na sociedade sem o cuidado de garantir a imunidade de certos interesses mais valiosos, e cuja proteção é imprescindível, como são os direitos

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63.

¹⁰⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 24-5; e CAPPELLETTI, Mauro. *Derecho de accion y de defensa y funcion concretadora de la jurisprudência constitucional*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 481: “Las Constituciones, a más de sentar las normas fundamentales de organización, están destinadas por su naturaleza a concretar, a historizar aquella suprema escala de los valores sociales que arranca de la idea de justicia: ellas están destinadas a hacer, por así decirlo, positiva la idea de justicia, a hacer histórico el derecho natural: ellas expresan la dramática tentativa de fijar en el tiempo esas ideas, esos valores supremos, que son en realidad esencialmente mutables porque se identifican con la historia mismo, o sea con la vida del hombre”.

¹⁰⁵ A doutrina também tem apontado a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo, por isso, oponíveis também diante de conduta de outros particulares, sendo um grande desafio a tentativa de conciliação de tal tendência com o âmbito de proteção, também reservado constitucionalmente, à liberdade individual e à autonomia privada. Sobre o tema, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 89: “A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder”.

fundamentais¹⁰⁷. São sinais disso a Constituição italiana de 1947 e a alemã de 1949¹⁰⁸, no mesmo contexto em que editada a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, voltados para a proteção de determinados valores relacionados à figura do homem, na sua relação com outros indivíduos e com o Estado. Este mesmo fenômeno produziu também efeitos, ainda que tardiamente, após o ocaso de ditaduras no último quartel do século XX, de que são exemplos os casos de Portugal, com a Constituição de 1976, Espanha, com a Carta de 1978, e do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

De modo mais particular ao campo do direito processual civil, foi nesse contexto, portanto, que as Constituições passaram a prever também aquilo que o processo judicial *deveria ser*, isto é, o dever-ser do processo, cercado-o com conteúdos mínimos. Tais conteúdos mínimos são revelados através das garantias fundamentais do processo, que assim asseguram o respeito à dignidade do indivíduo enquanto jurisdicionado, de forma que a condução da atividade jurisdicional possa ser identificada como um meio democrático de manifestação de poder. É com esse significado que a doutrina europeia e a norteamericana fazem uso, respectivamente, das expressões *processo justo* ou *devido processo legal*, que deste modo assumem a feição de síntese de um processo cercado por todas as garantias fundamentais¹⁰⁹.

Embora este seja o sentido mais forte da relação atual entre Constituição e processo civil, não é, porém, o único. Com efeito, a Constituição também interfere no processo civil ao estabelecer um complexo sistema de fontes normativas para a edição de regras processuais. É assim que se fala, por exemplo, em competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, inc. I). Porém, logo em seguida a mesma Constituição fixa a competência concorrente da União e dos Estados para editar leis em matéria de procedimento (CF, art. 24, inc. XI). Prevê-se, ainda, no art. 24, X, a competência também concorrente para dispor sobre processo no âmbito dos juizados de pequenas causas. Há até mesmo previsão constitucional de exigência de lei complementar para tratar de processo civil, como ocorre com o processo de desapropriação de reforma agrária (CF, art. 184, § 3º), e, ainda que de forma lateral, com a Lei Orgânica da Magistratura (CF, art. 93). Ao lado disso, existe a intrincada questão da definição do campo de atuação do Conselho Nacional de Justiça, ao

¹⁰⁷ No Brasil, por força do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, as garantias fundamentais do processo devem ser entendidas como cláusulas pétreas, funcionando como limites materiais à atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador.

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La justicia civil*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 164.

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 226.

qual se reconhece o poder de editar atos normativos autônomos (CF, art. 103-B)¹¹⁰. Por fim, permanece em aberto a definição do papel dos regimentos internos dos Tribunais (CF, art. 96, inc. I, alínea 'a'), além das Constituições dos Estados-membros e das leis de organização judiciária (CF, art. 125, § 1º). Todas essas questões serão enfrentadas, em alguma medida, no Capítulo seguinte, no item 2.2.1, mas com a finalidade de identificar quais as fontes normativas constitucionalmente adequadas a disporem sobre o procedimento recursal.

A Constituição, portanto, além de impor balizas *substanciais* ao regime do processo civil, como são as garantias fundamentais do processo, determinada também a observância de requisitos *formais* para a edição da disciplina do processo civil. Mas não é só. Cabe mencionar ainda, dentro desse contexto de relação entre processo civil e Constituição, o modo como aquele serve de instrumento para pôr em prática a efetividade das normas constitucionais. Com efeito, basta examinar a previsão constitucional do *habeas data* (CF, art. 5º, inc. LXXII) para ver como tal procedimento especial é dirigido à tutela do direito fundamental à informação. De outro lado, a ação popular (CF, art. 5º, inc. LXXIII) se volta, inegavelmente, à promoção da democracia e da transparência nos órgãos públicos. E, por último, o exercício da jurisdição constitucional, na espécie do controle abstrato (CF, art. 102, I, 'a', e art. 125, § 2º), tem por finalidade única assegurar que as normas constitucionais sejam cumpridas fielmente pelo legislador, sob pena de declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo normativo adotado em dissonância com seu texto. Como se vê, todo o campo doutrinário dedicado às *ações constitucionais* e ao *controle judicial de constitucionalidade das leis* atua, assim, como forma de impulsionar a efetividade da Constituição, assegurando que suas prescrições assumam a força cogente e a imperatividade próprias às normas jurídicas¹¹¹.

O que pautará o desenvolvimento do presente trabalho, porém, será a metodologia do *garantismo processual*, de forma que será o primeiro enfoque da relação entre processo civil e Constituição que mais luzes aportará para o tema. Com efeito, a expressão garantias constitucionais, ou garantias fundamentais, pode ser entendida em pelo menos três acepções. Pela primeira, designar-se-ia assim o conjunto geral de prerrogativas de que gozam os

¹¹⁰ A respeito do tema, conferir as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 3.367 (STF, ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006) e na ADC nº 12 (STF, ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009).

¹¹¹ Sobre o tema das ações constitucionais, conferir o estudo clássico de FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de las garantías individuales en América latina*, Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Volume IX, nº 2, Ginebra: Comisión internacional de Juristas, 1968, pp. 69-111, e, do mesmo autor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 26-8.

indivíduos em razão de sua condição humana, tal como lhes reconhecem as Cartas Constitucionais ao tratarem dos direitos fundamentais. Garantias constitucionais, assim, seriam confundidas com a própria denominação dos direitos fundamentais. De outro lado, a expressão também pode ser utilizada para referir ao conjunto de instrumentos formais que asseguram a efetividade das normas constitucionais: sob o ponto de vista prático, não é suficiente a mera proclamação de posições subjetivas em textos abstratos, sendo necessário que o legislador institua meios concretos, pela via do processo, para que as normas de conduta sejam observadas pelos agentes da sociedade. Assim, nesse segundo sentido, a expressão garantias constitucionais traduziria a reunião dos institutos, já mencionados acima, das ações constitucionais e das formas de exercício do controle de constitucionalidade. Mas é na terceira e última acepção que a expressão garantias fundamentais do processo será tratada neste trabalho, não nos sentidos genérico ou formal, mas sim, como denominou Héctor Fix-Zamudio, no sentido de um “*derecho justicial material constitucional*”¹¹², composto essencialmente pelos preceitos do texto constitucional que, conferindo direitos subjetivos em decorrência da dignidade da pessoa humana dos jurisdicionados, destinam-se à democratização do processo civil.

Até o momento, ademais, fez-se menção ao termo *constitucionalização* como sendo a previsão, em normas constitucionais, de conteúdos que antes se encontravam dispostos apenas na legislação ordinária, expressando aqueles princípios basilares da ciência processual que assim foram alçados à condição de paradigma de validade das leis. Mas a verdade é que há outro sentido para o termo constitucionalização nos dias atuais, e que assume uma acepção de maior relevância¹¹³. Com efeito, tem sido designado por constitucionalização do direito a forte tendência de submeter a interpretação dos enunciados normativos infraconstitucionais a um constante teste de conformidade à luz dos princípios e das regras constitucionais, que assim passam a ter uma eficácia irradiante, expandindo-se para além dos limites do domínio exclusivamente constitucional. É assim, por exemplo, que se passa, atualmente, nos domínios do direito administrativo e do direito civil, todos submetidos a uma releitura à luz dos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa, de um lado, e da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucional, de outro¹¹⁴.

¹¹² FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamerica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 31.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*, In: *Livres e iguais – estudos de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 177.

¹¹⁴ Assim, conferir, por exemplo, as obras de BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006; e TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Sobre o fenômeno em geral, v. BARROSO, Luís Roberto.

E o que importa notar é que o fenômeno não se esgota apenas em um teste binário de compatibilidade, julgando válida ou não a lei processual; ao contrário, cabe ao intérprete potencializar a eficácia das normas constitucionais através das leis ordinárias, conduzindo a interpretação destas últimas de forma a que, sempre que possível, confirmem maior peso ao texto da Constituição¹¹⁵. Assim, diante de duas ou mais interpretações possíveis, a visão garantística do direito processual impõe, fazendo uso da técnica da interpretação conforme a Constituição¹¹⁶, a eleição daquela que mais contribui para a observância dos direitos fundamentais de cunho processual, ainda que, para tanto, tenha de atribuir significados aos enunciados da legislação ordinária que não seriam os mais evidentes à luz de uma interpretação pautada pelo elemento apenas literal¹¹⁷. Desta forma, a expressão *garantismo processual* abarca não só o movimento de progressiva introdução de balizas mínimas para a disciplina do processo civil no texto constitucional, mas também a metodologia de submeter a interpretação das normas infraconstitucionais a um constante teste de harmonia diante do que pregam tais valores¹¹⁸.

O conteúdo das garantias fundamentais do processo, por refletir um substrato de moralidade política ligada a valores cambiantes no tempo e no espaço, não é fixado de modo uniforme nos países do globo. Por exemplo, segundo notícia Michele Taruffo, não é usual a previsão expressa, em texto constitucional, da *garantia de proscricção das provas ilicitamente obtidas*, que encontra assento categórico no art. 5º, LVI, da Constituição brasileira de 1988¹¹⁹.

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, in *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, pp. 61-119.

¹¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*, In: *Estudos de direito processual constitucional – homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*, (org.) Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 48.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 301, ao comentar o princípio da interpretação conforme a Constituição, leciona: “Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição”.

¹¹⁷ Em estudo clássico, Eduardo Couture já proclamava, em 1946, a necessidade de que os institutos do processo civil fossem submetidos a um exame crítico à luz das garantias fundamentais do processo previstas nas normas constitucionais, *verbis*: “Estas reflexiones nos han ido deparando, com el andar del tiempo, el convencimiento de que la doctrina procesal moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del derecho, desde el punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar” (COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 21-2). Em sentido similar, cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamerica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 30, que fala em “controle de constitucionalidade mediante interpretação judicial”.

¹¹⁸ Nesse sentido, cf. TARUFFO, Michele. *La justicia civil*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 167, que afirma que tal fenômeno conduziu a que as Cortes Supremas, no segundo pós-guerra, realizassem um intenso trabalho de readaptação da disciplina infraconstitucional do processo civil ao conteúdo das garantias fundamentais do processo.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 64.

Da mesma forma, embora seja objeto de menção expressa nas cartas constitucionais brasileira, portuguesa, espanhola e italiana, a *garantia fundamental da motivação* é resultado, no direito alemão, de construção jurisprudencial a partir do princípio do contraditório participativo, cristalizado na fórmula do direito a uma *audiência jurídica* (*rechtliche Gehör*) – aproximado à ideia norte-americana, que decorre do devido processo legal, de um “*direito a um dia na Corte*”. Já no direito norte-americano, por sua vez, sequer é possível falar em um direito à motivação das decisões judiciais, ainda que por interpretação sistemática da Constituição, na medida em que frequentemente rejeitado pela jurisprudência dos Tribunais¹²⁰. Outro exemplo de intensa variação de conteúdo diz respeito à *garantia da publicidade dos atos processuais*: enquanto, no Brasil, a publicidade chega a alcançar o nível do televisionamento, ao vivo, das sessões de julgamento da mais alta Corte do país, em países da Europa o cenário é sensivelmente distinto, prevalecendo a mecânica da deliberação secreta nos órgãos colegiados, da mesma forma que ocorre na Suprema Corte norte-americana¹²¹. Todas essas diferenças resultam das dificuldades e da complexidade que permeiam a atividade de dar significado a valores abstratos e, ainda, a textos normativos vagos e imprecisos, vazados preponderantemente sob a forma de princípios jurídicos¹²², através dos quais são concretizadas as garantias processuais.

Se é inegável, assim, que por razões culturais ocorram variações no conteúdo das garantias fundamentais do processo, nem por isso seria errado afirmar que, atualmente, é possível identificar um consenso mínimo, no mundo ocidental, acerca do que compõe um processo justo. Com efeito, o núcleo do conceito de garantias fundamentais do processo recebeu forte impulso pela previsão de diretrizes gerais em atos internacionais, que assim definiram os contornos homogêneos das garantias principalmente nos cenários regionais. São exemplos disso o art. 6º, nº 1, da Convenção Européia de Direitos Humanos¹²³, de 1950, e o

¹²⁰ TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 64.

¹²¹ Nesse sentido, cf. POWELL JR., Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 109; e REHNQUIST, William H. *The Supreme Court’s conference*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 113. O ponto será retomado, com detalhes, no Capítulo 3, quando analisado o regime da publicidade na deliberação colegiada.

¹²² Sobre a temática dos princípios jurídicos, comparando-os com a espécie normativa das regras, é indispensável a leitura das obras de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

¹²³ **Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)** 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública

art. 8º, nº 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹²⁴, de 1969, que comungam da previsão das garantias da duração razoável do processo, da independência e da imparcialidade do julgador, do juiz natural e do direito de ser ouvido, decorrente da conjugação da garantia do acesso à tutela jurisdicional efetiva e da garantia do contraditório participativo. No âmbito da América Latina, após a seminal obra de Eduardo J. Couture¹²⁵, já em meados da década de cinquenta do século XX a doutrina do garantismo processual repercutiu de modo intenso, o que se extrai do teor das conclusões das Primeiras Jornadas Latinoamericanas de Direito Processual, realizadas na cidade de Montevideu, no Uruguai, no mês de março de 1957, *verbis*:

I. La Constitución, ya sea por el texto de sus normas o por el contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas, impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia se quiere garantizar, a la teoría jurídico política que inspira dicha Constitución.

II. La ley procesal concebida como regulamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces.

III. Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que bajo pretexto de acrecentar los poderes del juez o asegurar la moralidad y la verdad en el proceso, implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado¹²⁶.

Recentemente, essa tendência de exaltação das garantias fundamentais do processo no direito processual civil ganhou novo fôlego com o Projeto de Novo Código de Processo Civil de 2010, fruto do trabalho de comissão de juristas¹²⁷ instituída pelo Presidente do Senado Federal através do Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009. Com efeito, a versão inicial do projeto, advinda da comissão, traz em seu texto a previsão, nos primeiros onze artigos, de diversas garantias fundamentais do processo: após proclamar inicialmente a necessária

ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

¹²⁴ **Artigo 8º - Garantias judiciais** 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹²⁵ COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 17-95, originalmente publicada na obra *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, 1946, p. 153-213, cujo caráter inaugural na América Latina é ressaltado por FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamerica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 09.

¹²⁶ *Apud* FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamerica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 16.

¹²⁷ Compõem a Comissão, presidida pelo Ministro Luiz Fux, os Professores Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier, a quem cabe a relatoria-geral dos trabalhos.

submissão da interpretação das regras de processo aos princípios fundamentais da Constituição Federal (art. 1º), prevê o Projeto as garantias da tutela jurisdicional efetiva (art. 3º), da duração razoável do processo (art. 4º), do contraditório participativo (art. 5º, 8º, 9º e 10), da paridade de armas (art. 7º) e da publicidade dos atos processuais (art. 11)¹²⁸. O impacto dessa inovação na estrutura do Código de Processo Civil, sem precedentes no direito nacional, pode ser medido pela qualidade dos trabalhos que já se debruçaram sobre o Projeto, que ressaltam de forma categórica o valor da consagração das garantias fundamentais do processo já na abertura do texto da proposta legislativa¹²⁹.

No campo doutrinário, há classificação entre garantias fundamentais individuais e estruturais¹³⁰. Tal distinção parte da finalidade imediata preponderante para as quais são previstas as garantias fundamentais na Constituição: são individuais, por essa classificação, as garantias que têm por objetivo proteger os interesses individuais de cada uma das partes em

¹²⁸ **Novo CPC, Art. 1º** O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

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

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

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

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste Código e nas demais leis, pode ser autorizada somente a presença das partes ou de seus advogados.

¹²⁹ Já se dedicaram ao estudo deste ponto do Projeto os professores GRECO, Leonardo. *Breves comentários aos primeiros 51 artigos do projeto de novo Código de Processo Civil (projeto de lei do Senado 166/2010)*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. VI, 2010, p. 93-115 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>); e PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos arts. 1º a 12 do PLS 166/10*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. VI, 2010, p. 49-92 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>).

¹³⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, in *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 228, com amparo na lição de Luigi Paolo Comoglio.

um litígio judicial concretamente configurado; de outro lado, as garantias estruturais seriam aquelas destinadas a resguardar determinadas condições prévias de que deve se revestir a organização judiciária para que se possa alcançar o devido processo legal. Assim, por exemplo, a garantia fundamental do contraditório participativo, entendida como a possibilidade de que os interessados influam eficazmente na formação da decisão judicial, é uma garantia individual, pois tem em vista o interesse específico das partes no litígio. Já a garantia da independência do julgador, afastando a submissão deste a qualquer risco de mal ou prejuízo como reflexo direto ou indireto do conteúdo de suas decisões, por ato de autoridade ou de qualquer outra espécie, traduz exemplo de garantia estrutural, porquanto tem de ser assegurada mesmo antes da configuração dos elementos de uma demanda em concreto. Ocorre que essa classificação, como reconhece a doutrina, é de utilidade apenas didática e sistematizadora, na medida em que, frequentemente, as próprias garantias estruturais podem ser lidas sob o enfoque dos indivíduos que tomam parte no litígio, dando ensejo, assim, a direitos subjetivos à sua observância¹³¹.

Também pode ser suscitada a classificação entre garantias fundamentais individuais e sociais, mas agora sob outro enfoque¹³². Com efeito, é possível identificar em determinadas garantias a busca por uma igualdade material no processo, e não só a proclamação abstrata de uma isonomia meramente formal de gozo de prerrogativas entre as partes. De nada adianta, sob este enfoque, assegurar a ampla possibilidade de exercício do contraditório participativo por autor e réu, se, para tanto, for necessário o dispêndio, por exemplo, de alto valor para o custeio de prova pericial imprescindível para que o autor possa demonstrar a verdade dos fatos que alega. Em um cenário como este, em que autor e réu, do ponto de vista formal, são igualmente titulares do direito à prova, eventual hipossuficiência financeira do autor pode

¹³¹ Mauro Cappelletti, que acolhia a tripartição, para fins didáticos, das garantias conforme dissessem respeito (i) ao judiciário, (ii) às partes e (iii) ao desenvolvimento do processo e à atividade instrutória, logo em seguida admitia a artificialidade de tal construção, *verbis*: “Constitutional or fundamental guarantees of civil proceedings might be separated into (i) guarantees concerning the judiciary, e.g., independence and impartiality; (ii) guarantees concerning the parties proper, such as their right of action and defense, their right of effective access to court, their right to counsel and legal aid; and (iii) guarantees concerning the unfolding of the proceeding and the proof-taking, e.g., adequate notice, admissibility or exclusion of illegally obtained evidence, publicity and orality of the hearing, and written form of the decisions including their grounds (see, for example, Art. 111 of the Italian Constitution). Admittedly, these divisions are rather artificial. Indeed, guarantees respecting the judiciary might also be seen from the point of view of the parties who have a right to a judge who is impartial, independent, ‘lawful’ (gesetzlicher Richter: Art. 101 of the Bonner Grundgesetz), and ‘subject only to the law’ (e.g., Art. 112 of the Soviet Constitution). Moreover, the guarantees concerning the unfolding of the proceeding can also be seen from the point of view of the parties’ rights as well as from the point of view of the judge’s and the parties’ respective roles in controlling litigation. For instance, both the guarantee of adequate notice and the right to present evidence without unreasonable limitations are nothing but manifestations of the more general parties’ right to a fair hearing or right of defense. Although somewhat artificial, these divisions may be of some help, however, in defining and restricting the scope of our topic” (CAPPELLETTI, Mauro, e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. V).

¹³² CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantias constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*, In *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974, p. 532-534.

colocar em xeque o gozo efetivo de todas as demais garantias. Assim, a distinção entre garantias individuais e garantias sociais, segundo Mauro Cappelletti, parte do modelo de Estado que inspirou o surgimento de tais direitos fundamentais processuais: se inspirado no modelo liberal de Estado, tolerante com a igualdade apenas formal, configura-se a garantia estritamente individual; se, porém, a garantia tiver amparo em um modelo de Estado Democrático e Social de Direito, que busca a igualdade material para tornar o devido processo legal acessível e efetivo para todos, tratar-se-á de garantia social, de que é exemplo mais vivo a *garantia da assistência jurídica integral aos desamparados* (CF, art. 5º, LXXIV).

Na análise do procedimento recursal no curso do presente trabalho, receberão destaque especial as garantias fundamentais do *contraditório participativo* (CF, art. 5º, inc. LV), do *juiz natural* (CF, art. 5º, incs. XXXVII e LIII), da *independência* e da *imparcialidade dos julgadores* (CF, art. 95), da *publicidade dos julgamentos e atos processuais* (CF, art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX), da *duração razoável dos processos* (CF, art. 5º, inc. LXXVIII) e da *motivação das decisões judiciais* (CF, art. 93, inc. IX), cujo conteúdo será esmiuçado na medida em que for pertinente à exposição.

1.4. A crise da Justiça civil e seus reflexos no procedimento recursal

O último tópico a ser abordado neste capítulo, após já examinados os fundamentos dos recursos, a definição do procedimento recursal e a metodologia que inspira o chamado *garantismo processual*, consiste no contexto atual de crise da Justiça civil, que impacta de forma sensível o estudo de qualquer instituto do direito processual no mundo contemporâneo.

Com efeito, o modelo tradicional de prestação da jurisdição foi desenvolvido e pensado com os olhos postos nos conflitos intersubjetivos típicos do final do século XIX e da primeira metade do século XX. Não é possível ignorar, em primeiro lugar, que naquele tempo o próprio direito de acesso à justiça era tido, do ponto de vista prático, como um verdadeiro privilégio. Em um mundo em que a maioria da população não tinha meios de obter informações sobre seus direitos, dada a falta de esclarecimento e mesmo de formação básica, compreende-se facilmente que a atuação do Poder Judiciário fosse provocada essencialmente por membros das mais altas classes sociais, por definição não muito numerosos¹³³. Somava-se

¹³³ PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, In: Revista de Processo, nº 91, julho-setembro de 1998, São Paulo: Ed. RT, p. 204-5.

a isso, ainda, o grave problema dos custos do processo. Como fartamente divulgado através da obra de Mauro Cappelletti, o modelo de Estado liberal oitocentista, que vingou inabalado até o primeiro quartel do século XX, primava por uma proclamação meramente formal do direito de acesso à justiça. Assim, desde que abertas as portas do Judiciário a quem fosse capaz de arcar com os respectivos ônus financeiros – taxa judiciária, custas e emolumentos e honorários de advogados –, já se teria por assegurada a promessa de acesso à tutela jurisdicional. A esse modelo de acesso formal, na linha do que já expôs no tópico acima, correspondia uma ideologia de igualdade também meramente formal¹³⁴. Esses e outros fatores tornavam a Justiça civil um lugar de poucos, e com conflitos que poderiam ser sumarizados, qualitativamente, nos campos de disputas sobre a propriedade de terras, de determinados contratos comerciais disciplinados minuciosamente nas leis, e de demandas envolvendo direito de família e sucessões¹³⁵.

O cenário muda sensivelmente, porém, com a assunção da feição social do Estado no curso do século XX. Com o alargamento das categorias de pessoas titulares de direitos políticos ativos, alcançando o direito de voto, ganharam eco as demandas políticas das camadas sociais menos favorecidas, com a busca por melhorias de suas condições sociais através de uma isonomia material. Mais do que a proclamação, em abstrato, de direitos usufruíveis potencialmente por qualquer um, portanto, os novos anseios exigiam que fosse assegurada a obtenção das condições materiais para o igual gozo de direitos, do que decorria uma postura necessariamente ativa do poder público a fim de que rompesse o *status quo* anterior. Migra-se, portanto, de uma filosofia calcada no *laissez-faire* para a concepção de *welfare state*. Campo particular em que tal mudança foi identificada consiste na concretização da garantia do acesso à justiça: a lógica na igualdade material, nesse novo contexto, impunha a progressiva superação dos obstáculos econômicos ao acesso à tutela jurisdicional, instituindo sistemas de assistência jurídica integral aos desamparados, como o regime brasileiro da gratuidade de justiça (Lei nº 1.060/50) e a criação e o fortalecimento da Defensoria Pública (CF, art. 134, *caput* e parágrafos)¹³⁶.

Ao lado disso, o transcurso da segunda metade do século XX também foi marcado pelo incremento de relações de massa na sociedade. Com efeito, o crescimento urbano e populacional trouxe como decorrência a interligação mais intensa dos atores sociais, com a

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 09.

¹³⁵ PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, In: Revista de Processo, nº 91, julho-setembro de 1998, São Paulo: Ed. RT, p. 204.

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 31-49.

inevitável consequência de se multiplicarem, pelo convívio natural, os conflitos de interesses. A configuração desses conflitos na sociedade de massas tem a nota característica da padronização e da repetição em grande número, porquanto a convivência em grandes conglomerados urbanos torna muitas vezes comum um mesmo fato jurígeno: assim, um defeito no funcionamento de determinado serviço público concedido acarreta a lesão de uma infinidade de usuários, todos submetidos ao mesmo regime jurídico, e, de forma similar, a falha em mercadorias dirigidas ao consumidor provoca danos similares a todos que a elas tenham tido acesso.

O incremento da garantia do acesso à justiça conjugado com as relações típicas da sociedade de massas trouxe, assim, sérias consequências para o modo como se põe em prática o processo civil. Na realidade, e como tem apontado a doutrina, disso resulta, atualmente, um cenário patológico de crise da Justiça civil. Tal cenário é formado, na essência, pelo crescimento exponencial do número de causas levadas ao Judiciário¹³⁷, cujo perfil institucional, repita-se, ainda mantém raízes fincadas no passado do século XIX. Essa combinação entre novas demandas e a dificuldade de adaptação de uma atividade pública moldada, do ponto de vista teórico, há dois séculos traz à tona o drama mundial de demora na prestação da jurisdição, com uma excessiva lentidão na tramitação dos processos. Na Itália, por exemplo, repetidas vezes alvo de condenações na Corte Européia de Direitos Humanos nesse tema, no ano de 2006 a média de duração de um processo em primeira instância era de três anos, ao passo que em segunda instância eram necessários mais cinco anos e meio para que se alcançasse uma conclusão¹³⁸. Nos Estados Unidos, de outro lado, é comum a queixa de que são necessários quase cinco anos para que um processo alcance, em primeira instância, o julgamento pelo *trial*¹³⁹. Essa lentidão, se por certo não pode ser apontada como existente apenas nos dias que correm, mostra-se atualmente mais gritante quando confrontada com a velocidade e com o dinamismo que marcam as relações sociais contemporâneas, em que a

¹³⁷ Do final da década de 70 ao final da década de 90 do século passado na França, por exemplo, o número de processos simplesmente triplicou, conforme relato de PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, In: Revista de Processo, nº 91, julho-setembro de 1998, São Paulo: Ed. RT, p. 204. De igual forma, triplicou também o número de demandas nos Estados Unidos da América entre as décadas de 60 e noventa do século passado, cf. MILLER, Arthur R. *The pretrial rush to judgment: are the "litigation explosion", "liability crisis", and efficiency clichés eroding our day in court and jury trial commitments?*, In: New York University Law Review, vol. 78, 2003, p. 985.

¹³⁸ *Apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da duração razoável dos processos: premissas para uma discussão séria*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 370.

¹³⁹ Conforme notícia CHASE, Oscar. *Civil litigation delay in Italy and the United States*, The American Journal of Comparative Law, vol. 36, 1988, p. 42.

troca de informações e a variação de tecnologias ocorrem em espaços de tempo mínimos¹⁴⁰. E contribui de forma relevante para esse indesejado resultado a crônica insuficiência de pessoal no Poder Judiciário, tanto com relação ao número de magistrados como, e principalmente, no que toca ao corpo de funcionários administrativos, sendo que a falta destes últimos é que se revela como responsável, em grande parte, pelo chamado ‘tempo morto’ do processo, no qual a tramitação fica a depender de atos materiais a serem praticados pelos auxiliares da Justiça, como a citação, a juntada de documentos e a publicação de decisões judiciais nos Diários Oficiais.

A percepção desse fenômeno de crise da Justiça civil ensejou, como era natural, diversas tentativas de soluções legislativas, que tocam nos mais diversos pontos do processo civil. De forma mais abrangente, deu-se início à criação de *novos instrumentos de tutela*, dentre os quais se destaca a tutela coletiva de direitos¹⁴¹. Outras lidam particularmente com o processamento das causas nos Tribunais Superiores, no que têm merecido destaque os chamados *filtros recursais de relevância*, de que é exemplo a denominada repercussão geral no recurso extraordinário¹⁴². Também há aquelas que se destinam a um determinado tipo de litígio em especial, que se singulariza pela pouca complexidade e pela pequena expressão econômica, o que, no Brasil, culminou com a criação dos antigos *juizados de pequenas causas*, hoje *juizados especiais*, cujo sistema, inicialmente instituído pela Lei nº 9.099/95, atualmente é composto também pelas Leis nºs 10.259/01 e 12.153/09.

Não é possível deixar de observar, no entanto, uma tendência no sentido de reputar que a causa dessa morosidade na Justiça se deve aos recursos cíveis, supostamente ensejando a perpetuação de controvérsias através dos diversos níveis da hierarquia judiciária. Esse discurso é sentido principalmente nas reformas processuais, que têm destacado um cuidado rotineiro em modificar o regime dos recursos no Código de Processo Civil¹⁴³. Sinal eloqüente desse fenômeno consiste no incremento dos poderes do relator, com as sucessivas modificações operadas no art. 557 do CPC a contar da última década do século XX, ensejando

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da duração razoável dos processos: premissas para uma discussão séria*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 370.

¹⁴¹ Sobre o tema, cf. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000; e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: Ed. RT, 2009.

¹⁴² Por todos, v. MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, São Paulo: Ed. RT, 2008; e DANTAS, Bruno, *Repercussão geral – perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*, São Paulo: Ed. RT, 2008.

¹⁴³ Sobre o tema, com detalhes, cf. SANTOS, Ernane Fidélis. *Evolução legislativa do sistema recursal de primeiro grau no Código de Processo Civil*, In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 205-231.

a monocratização dos julgamentos nos Tribunais a pretexto de conferir maior celeridade à tramitação das impugnações.

De outro lado, e de parte as inovações legislativas, o assoberbamento dos Tribunais tem levado à adoção de certas práticas heterodoxas no julgamento dos recursos, muitas vezes simplificando ou alterando a rigidez imposta formalmente pela lei processual para o procedimento recursal, no afã de promover a aceleração dos trabalhos no Judiciário. Com efeito, cotidianamente colocam-se em prática inibições à sustentação oral, com repreensão aos patronos que queiram fazer uso da palavra em casos já pacificados na jurisprudência. De outro lado, também o regime da publicação da pauta das sessões de julgamento é flexibilizado, com inclusões abruptas de feitos e, ainda, com a re-inclusão de pedidos de vistas sem nova intimação quando já decorrido sensível espaço de tempo desde o julgamento original. Foi assim, ainda, que se desenvolveram, por exemplo, os “julgamentos por pilhas” de recursos, em sua maioria agravos internos e embargos de declaração, levados a efeito sem a análise particular, na sessão de julgamento, das circunstâncias de cada um dos feitos, julgados em bloco pela mera enunciação de seus números identificadores¹⁴⁴. Da mesma forma ocorreu em relação às deliberações virtuais e às trocas de votos anteriormente às sessões de julgamento, casos em que a reunião do órgão colegiado passa a ter função meramente *pro forma*, de proclamação de um resultado que de antemão já se sabe, internamente, qual será¹⁴⁵.

Nesse contexto, portanto, o peso do assombroso volume de demandas trazidas ao Judiciário tem sido muito mais expressivo do que a cautela no respeito às garantias fundamentais do processo, no que se inclui a *não surpresa* quanto ao procedimento recursal, como componente do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), resultando em simplificações ou adaptações em graus muitas vezes inconciliáveis com as regras previstas no CPC ou, ainda, com os direitos fundamentais processuais previstos na Constituição.

É sob este pano de fundo, portanto, que o presente trabalho pretende trazer o enfoque das garantias fundamentais do processo sobre o procedimento recursal. Seria possível, para fincar as bases de tal argumentação, sustentar a possibilidade de se extrair diretamente da Constituição Federal um suposto *direito fundamental ao recurso* ou ao *duplo grau de*

¹⁴⁴ Alerta para o ponto GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 298-9, nos seguintes termos: “Por outro lado, os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, proferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não têm mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de discuti-las colegiadamente. Julgam processos, presumivelmente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e votos dos seus próprios membros. O próprio Supremo Tribunal Federal naufraga nessa avalanche”.

¹⁴⁵ Também aponta para o risco de que o excessivo volume de trabalho dos Tribunais acarrete um prejuízo à colegialidade das decisões COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 09.

jurisdição, que inquinaria de inconstitucionais todas as leis que tentassem suprimi-lo¹⁴⁶. Isso seria pertinente às razões aqui sustentadas na medida em que o objeto a ser estudado consiste no procedimento do recurso de apelação, e que, por ser a espécie recursal tipicamente voltada à promoção do duplo grau de jurisdição, deveria ter seu regime jurídico sempre moldado de forma a assegurar a mais ampla efetividade das normas constitucionais, sem que a disciplina legal ou o cotidiano dos Tribunais, por razões de puro pragmatismo, pudessem burlar esse *dever-ser* instituído pela Carta Constitucional, menosprezando o direito ao recurso.

Não é preciso, porém, enveredar por tal caminho para firmar os alicerces da perspectiva do *garantismo processual* sobre o procedimento recursal. Com efeito, é bastante polêmica a configuração do duplo grau de jurisdição como uma garantia fundamental do processo. Por mais que o direito ao recurso esteja arraigado na cultura processual nacional como um elemento de concretização do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), há opiniões respeitáveis na doutrina a afirmar que a criação – e a supressão – de tais meios de impugnação estaria ao alcance do legislador processual, que, tanto quanto caminhou para prever o cabimento da apelação (CPC, art. 513) e do agravo (CPC, art. 522), poderia, desde que pautado pela razoabilidade e pela não discriminação, remodelar as hipóteses em que tais recursos seriam cabíveis, eventualmente até para suprimi-los. Em outras palavras, a formatação do sistema recursal, segundo esse ângulo, seria deixada à liberdade de conformação do legislador ordinário, que assim poderia estendê-lo ou comprimi-lo conforme a vontade que prevalecesse no campo da política majoritária¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Para uma defesa vigorosa do direito ao recurso como uma garantia fundamental do processo, embora reconhecendo a jurisprudência do STF em sentido contrário, conferir o texto de GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 15-18. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Defendendo também a existência do princípio do duplo grau de jurisdição no sistema constitucional brasileiro, cf. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 724.

¹⁴⁷ Mesmo Mauro Cappelletti, reconhecido estudioso das garantias fundamentais do processo, já sinalizava nesse sentido em 1968, conforme se lê da seguinte passagem: “Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y en el ‘doble grado de jurisdicción’ como en una importante *garantía procesal*, tal vez una *garantía de libertad*, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada. Por un lado, la apelación como juicio *de novo* lleva a esa perniciosa desvalorización del juicio de primer grado ya mencionada. Por otro lado, ningún ordenamiento, ni en Italia ni en cualquier otro país – tanto menos en Francia, donde la idea del ‘double degré de jurisdiction’ parece sin embargo estar particularmente arraigada – considera el doble grado de jurisdicción como una *garantía constitucional*, o sea protegida como una *garantía fundamental* e inderogable. Al contrario, las revocaciones existen, son frecuentes y, ni siquiera de hacerlo adrede, se refieren con bastante frecuencia a las causas de menor valor, o sea, en la mayor parte de los casos, a las causas de los pobres (cfr., por ejemplo, el art. 339 del cód. proc. civ.)” (CAPPELLETTI, Mauro. *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974, p. 279). Em sentido similar, cf. JOLOWICZ, John Anthony. *Fundamental guarantees in civil litigation: England*, In: CAPPELLETTI, Mauro, e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 171; e WATSON, Garry D. *Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings in Canada*, In: CAPPELLETTI, Mauro, e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 238.

A tendência de rejeitar o *status* constitucional do duplo grau de jurisdição no processo civil foi acolhida, por exemplo, pela jurisprudência pacífica do Tribunal Constitucional Espanhol. Com efeito, a orientação daquela Corte ao analisar o direito fundamental ao recurso parte da premissa de distinguir sua incidência conforme se trate de processo civil ou de processo penal. Neste último caso, o Tribunal Constitucional Espanhol, em uma interpretação que se funda no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, já proclamou a existência de uma garantia constitucional ao recurso frente às sentenças penais condenatórias, incorporando-a ao conteúdo do processo justo, de modo que ao legislador cabe apenas a disciplina do modo como tal direito será exercido¹⁴⁸. Contudo, no que toca ao processo civil, aquela mesma Corte é categórica ao afirmar que o direito ao recurso depende da vontade contingente e conjuntural do legislador ordinário, que, se o desejasse, poderia suprimi-los por completo, porquanto, à luz da Constituição espanhola, seria imaginável, possível e real a eventualidade de que os meios de impugnação não existissem nos processos não penais¹⁴⁹.

Essa distinção entre o conteúdo do duplo grau conforme se trate de matéria penal ou civil foi acolhida também pela Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, no item 1 do art. 8º, dirigido ao processo civil e já objeto de menção acima, não se faz menção à garantia do direito ao recurso como um elemento inerente ao devido processo legal. Porém, no item seguinte do mesmo art. 8º, mais especificamente na alínea ‘h’ do item 2 daquele artigo, menciona-se expressamente a existência de uma garantia mínima no processo penal composta pelo “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

No direito brasileiro, o curioso é que mesmo no campo do processo penal, no qual a relevância do bem jurídico tutelado se mostra intimamente vinculada à preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de *rejeitar* a existência de um princípio constitucional implícito que assegurasse o duplo grau de jurisdição, conforme decidido no HC nº 79.785/RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, cuja ementa restou lavrada nos seguintes termos:

I. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus

¹⁴⁸ Nesse sentido foram proferidas as sentenças STC nº 246/2007, STC nº 29/2008 e STC nº 48/2008, conforme noticiado por LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 194-5.

¹⁴⁹ Assim, cf. PICÓ Y JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 80; AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*, Valência: Tirant lo blanch, 2008, p. 79; RINCÓN, Jorge Carreras del. *Comentarios a la doctrina procesal civil del tribunal constitucional y del tribunal supremo*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 348; e LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 187;

dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.

II. A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO QUE AFASTA A APLICABILIDADE DAS CLÁUSULAS CONVENCIONAIS ANTINÔMICAS. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADIInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

III. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

(RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010)

Como se disse mais acima, porém, não é preciso travar um difícil combate contra tal orientação, que relega às mãos do legislador ordinário a opção por prever ou não um recurso no processo civil, para que sejam sustentadas as ideias expostas no presente trabalho. Com efeito, toda a discussão relativa ao duplo grau de jurisdição gira em torno do controle da previsão ou não de recursos no sistema processual, de vez que, se reconhecido tal princípio como implícito na Constituição de 1988, parcela substancial da liberdade de conformação do legislador nesse tema estaria suprimida. Porém, mesmo a jurisprudência do direito comparado

tem sido categórica ao afirmar que, *uma vez instituído um recurso pelo legislador*, o Poder Judiciário tem o dever de zelar para que, no exercício da competência recursal, sejam observadas todas as garantias fundamentais do processo¹⁵⁰. É nesse sentido que aponta também a Corte Européia de Direito Humanos, assinalando que, muito embora não se possa reconhecer um direito ao recurso em matéria civil como consequência da interpretação do art. 6º, parágrafo primeiro, da Convenção, uma vez instituído tal meio de impugnação em lei devem ser observadas, no seu processamento, todas as garantias fundamentais do processo previstas no citado art. 6º¹⁵¹.

Assim, se a proposta do presente trabalho consiste em examinar o procedimento recursal da apelação à luz do conteúdo das garantias fundamentais do processo e das finalidades subjacentes às regras formais do julgamento colegiado previstas em lei, basta que se assuma como premissa o fato de que o legislador processual, neste ponto, já tomou a decisão política de instituir, como regra, a revisão de sentenças no processo civil por órgão de hierarquia superior¹⁵². E, desta forma, tal revisão, seja quando levada a cabo pelo

¹⁵⁰ A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, já objeto de citação mais acima, é pacífica nesse sentido, conforme noticiado por PICÓ Y JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 81; e AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*, Valência: Tirant lo blanch, 2008, p. 80, que ressaltam a imbricação entre o exercício do recurso previsto em lei com a garantia da tutela jurisdicional efetiva.

¹⁵¹ GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 23-4 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>): “Paradoxalmente, a mesma Corte [refere-se à Corte Européia de Direitos Humanos] tem entendido que, se o ordenamento jurídico institui jurisdições recursais, ele deve garantir que perante elas os jurisdicionados gozem do direito a um processo justo, entendido como o direito de acesso ao juízo do recurso com todas as garantias fundamentais que asseguram a tutela jurisdicional efetiva pelo juízo recursal. O duplo grau de jurisdição, com a integral renovação do processo ou apenas com a renovação do julgamento, tem de assegurar às partes, junto ao juízo de segundo grau, a mais ampla possibilidade de influírem eficazmente na nova decisão. Não satisfaz às garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que, perante o novo juízo, os litigantes estejam tolhidos de oferecer alegações, propor e produzir provas e travar, se desejarem ou se as circunstâncias da causa o exigirem, o diálogo humano com os seus julgadores, meios indispensáveis a que possam influir eficazmente na nova decisão. Mesmo nos chamados recursos de fundamentação vinculada, ou seja, aqueles em que o novo juízo está restrito à reapreciação de algum tipo de questão, como a questão de direito federal, constitucional ou legal, no recurso extraordinário e no recurso especial, em relação a essa questão as partes devem desfrutar de todas as garantias de um processo justo. Assim, não basta que o contraditório e a ampla defesa, com todos os seus consectários, tenham sido amplamente assegurados no primeiro grau de jurisdição, porque à segunda instância incumbe proferir uma nova decisão, por novos juízes, com o mesmo alcance da decisão de primeiro grau e que a esta substitui. Portanto, as garantias fundamentais devem ser amplamente respeitadas perante esse novo juízo, sem prejuízo do aproveitamento do conteúdo dos atos já praticados no primeiro grau. Não se despreza a cognição de primeiro grau, mas reconhece-se que, pelo menos a que resultou de atos orais, pode apresentar-se perante o tribunal de 2º grau de modo bastante incompleto. Por isso, não é possível aceitar a simplificação do procedimento recursal a ponto de rejeitar de modo absoluto a possibilidade de renovação dos atos orais ou de produção de novas provas, sob pena de sacrificar o respeito às garantias fundamentais do processo e de desvirtuar o próprio princípio do duplo grau de jurisdição que, em lugar de aumentar a probabilidade de acerto e de justiça da decisão, tornará bastante provável que a decisão de 2º grau seja pior do que a anterior”.

¹⁵² Não será abordado, por conta disso, o regime especial previsto no art. 34 da Lei nº 6.830/80, que afasta o cabimento do recurso de apelação contra sentenças proferidas em execuções fiscais de valor até 50 ORTN's, *verbis*: “Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. § 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição. § 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada. § 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença”.

procedimento recursal ordinário, seja quando realizada segundo o procedimento recursal abreviado, tem de ser submetida, como visto acima, a um teste rigoroso de compatibilidade com os direitos fundamentais processuais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como consequência necessária da adoção, no Brasil, de um modelo humanizado e democrático de prestação da jurisdição, que se legitima, em todo e qualquer grau, pela observância dos parâmetros do *devido processo legal* e do denominado *processo justo*, e que consistem justamente nas *garantias fundamentais do processo*.

2. A TEORIA DO PROCEDIMENTO RECURSAL

Feita a descrição das premissas gerais, o presente capítulo cuidará de desenvolver uma teoria específica para o procedimento recursal. Em outras palavras, e levando em conta o que já se afirmou sobre o conceito de recurso, de procedimento e de garantias fundamentais do processo no contexto de crise da Justiça civil, passa-se agora a abordar o que há de subjacente ao regime legal do procedimento no recurso de apelação, para que assim possa-se avançar com segurança para o exame pormenorizado, nos Capítulos seguintes, de cada etapa que compõe o julgamento colegiado.

Nos tópicos que se seguem serão tratadas, de forma introdutória, as duas espécies de procedimento recursal, apontando brevemente os fundamentos que as informam. De modo mais detido, serão analisadas com profundidade as três razões teóricas subjacentes ao julgamento colegiado dos recursos, acompanhadas do exame de alguns fatores próprios à deliberação em órgãos colegiados, já que, como se verá, o tema se liga de forma íntima às próprias razões subjacentes a tal espécie de procedimento. Na sequência, o presente capítulo cuidará também de examinar dois aspectos teóricos ligados às fontes normativas do procedimento recursal, isto é, quanto aos comandos imperativos que incidem sobre a conduta dos sujeitos do processo nesse tema. Em primeiro lugar, serão estudadas as espécies normativas que podem validamente incidir no domínio do procedimento recursal, à luz das normas da Constituição Federal que repartem a competência legislativa entre os entes federativos e, além disso, que definem o âmbito próprio às diversas espécies legislativas formais, incluindo-se na análise também os Regimentos Internos dos Tribunais. Após, será feito um estudo particular a respeito do perfil das disposições previstas no Código de Processo Civil em vigor, que, muitas vezes por vagueza, indeterminação ou por conteúdo expresso, representam verdadeiras transferências de poder normativo às leis estaduais, aos regimentos internos e às resoluções dos Tribunais, a fim de aferir a legitimidade de tal prática diante das normas constitucionais.

2.1. As espécies de procedimento recursal: ordinário e sumário

Há, no processo civil brasileiro, duas espécies de procedimento recursal para a apelação¹⁵³: o procedimento recursal ordinário e o procedimento recursal sumário, ou, respectivamente, procedimento recursal completo e abreviado.

O procedimento recursal completo é pautado pelo paradigma da colegialidade. Isto significa que a respectiva disciplina legal se dirige a pavimentar o caminho necessário a que um órgão plurissubjetivo formule um juízo sobre a pretensão veiculada no recurso. Parte-se da premissa, como se verá no item seguinte, de que o julgamento assim conduzido é capaz de apresentar maior *profundidade na cognição* exercida sobre os elementos do conflito intersubjetivo, de *assegurar maior independência* dos membros que compõem o órgão julgador e, além disso, de funcionar como fator de *contenção do arbítrio* que a atuação individual e isolada poderia ensejar. Para tanto, a lei prevê o caminho formal a ser trilhado pelo recurso com os olhos voltados nessa deliberação final, com todos os pressupostos e consectários que esta configuração subjetiva do órgão julgador acarreta: desde a elaboração do relatório até a intimação da pauta para julgamento, as etapas formais têm de ser vistas como premissas, como meios para que se alcance o ato culminante do procedimento consistente no julgamento em sessão. E é à luz dessas mesmas finalidades que devem ser medidos os proveitos e as utilidades de cada uma das etapas e dos respectivos requisitos formais fixados na legislação brasileira¹⁵⁴.

O procedimento recursal abreviado, por sua vez, é marcado pelo paradigma da monocratização. O julgamento assim realizado é produzido pelo raciocínio de um único julgador, que canaliza todos os elementos da demanda como material para a sua cognição individual. Por este motivo, grande parte das etapas que se mostrariam necessárias caso incidisse o julgamento colegiado, como a intimação de pauta para o julgamento e a sessão pública, não se fazem presentes, porquanto desimportantes para que um só membro do Tribunal exerça a atividade decisória. Assim, as regras formais que disciplinam tal espécie de procedimento privilegiam, em teoria, a *celeridade* na condução do recurso nos Tribunais, a fim de que o julgamento seja alcançado o quanto antes, evitando-se percursos que não se mostrem necessários. E é com os olhos postos em tal valor, privilegiando-o, e, por

¹⁵³ Faz-se a ressalva, novamente, de que o presente estudo não cuidará dos procedimentos que regem o julgamento de recursos especiais repetitivos, de recurso extraordinário segundo o sistema da repercussão geral, do recurso inominado nos Juizados Especiais e de todas as demais espécies recursais que se afastam do protótipo da apelação.

¹⁵⁴ Destaque-se desde logo que a enunciação das finalidades subjacentes ao julgamento colegiado resulta da interpretação abstrata do modelo de julgamento assim instituído, constituindo metas teóricas a serem atingidas pelo legislador. Representam elas, portanto, a leitura mais virtuosa do julgamento colegiado, o que lhes confere o papel de paradigma para o exame do julgamento dos recursos no Brasil. Como se verá no Capítulo 3 deste trabalho, a verdade é que em muitos pontos o regime procedimental brasileiro se desvia do atingimento de tais objetivos.

consequência, abrindo mão da promoção em igual medida das vantagens inerentes ao procedimento recursal ordinário, que a legislação processual formata as etapas que compõem o procedimento recursal abreviado.

Portanto, o procedimento recursal ordinário, de um lado, pretende promover o *reforço da cognição judicial*, a *independência dos membros julgadores* e, ainda, *conter o arbítrio individual*. Por outro, o procedimento recursal abreviado visa a *assegurar a celeridade* na tramitação de recursos. Essas finalidades, assim, funcionam como verdadeiras razões subjacentes a cada procedimento recursal. São, na realidade, estados ideais a serem alcançados através da colocação em prática de cada espécie de procedimento, exercendo o papel de princípios informadores das regras que integram a respectiva disciplina legal¹⁵⁵. As páginas seguintes, portanto, serão dedicadas a definir, de forma tão precisa quanto possível, os exatos contornos de cada uma dessas finalidades subjacentes ao procedimento recursal completo, que conduz ao julgamento colegiado dos recursos.

2.1.1. O procedimento recursal ordinário

2.1.1.1 Razões subjacentes à colegialidade

No núcleo conceitual do procedimento recursal ordinário reside a deliberação colegiada. A origem do termo *colegialidade* remonta à atividade decisória realizada pelo *colégio* de cardiais para a eleição do Papa, autoridade máxima da Igreja católica. Foi usada, assim, para distinguir a atuação através de um grupo daquela que ocorre por força de uma única pessoa; o grupo, ao contrário do que se passa com o indivíduo isolado, assume uma atitude intencional de não competição, comprometido com a premissa de que a combinação

¹⁵⁵ Para a conceituação dos princípios jurídicos no direito contemporâneo, conferir a obra de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011. É possível aproximar, neste ponto, as razões subjacentes aos procedimentos recursais aos princípios constitucionais da *motivação das decisões* (CF, art. 93, inc. IX) e da *independência do julgador* (CF, art. 95), com relação ao procedimento recursal ordinário, e à *razoável duração dos processos* (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), no que toca ao procedimento recursal abreviado, razão pela qual mostra-se pertinente a alusão, neste trabalho, à moderna teoria dos princípios do direito constitucional.

de enfoques, de experiências e de exames é capaz de conduzir à solução mais adequada do problema posto em análise¹⁵⁶.

Do ponto de vista teórico, a atuação colegiada se insere em um campo mais amplo: o das atividades coletivas. Com efeito, sempre que uma multiplicidade de pessoas se reúne para atingir um fim comum, configura-se o que se pode denominar de um esforço coletivo. Esse esforço coletivo, porém, quando analisado em sua essência e a partir da finalidade que busca alcançar, pode se desdobrar em quatro distintas formas de manifestação¹⁵⁷.

Pode ocorrer, em primeiro lugar, que a coordenação entre os membros da entidade coletiva se faça através de condutas praticadas isoladamente, ligadas apenas por um vínculo finalístico. É o que se passa, por exemplo, em um complexo processo industrial, ou quando um conjunto de pintores é contratado para realizar uma obra. No processo industrial, com efeito, cada trabalhador atua em uma etapa da linha de produção, realizando-a e, com isso, viabilizando que a etapa seguinte seja posta em prática por outro funcionário. Mas cada funcionário não interage, na realização de seu ofício, com os demais, que assim atuam de forma isolada, comunicando-se apenas através do produto de seu trabalho. Não é diferente na hipótese do grupo de pintores quando tenham de realizar um trabalho em uma casa em reforma: supondo-se que cada pintor fique responsável por um cômodo do imóvel, o resultado final também será fruto do esforço coletivo, sem que, novamente, haja interação entre os membros¹⁵⁸. Esse primeiro gênero, portanto, pode ser designado pela expressão *esforço coletivo de distribuição*, no qual, repita-se, cada membro contribui solitariamente para o atingimento do fim coletivo, incrementando a rapidez com que isso é alcançado.

Em segundo lugar, a atuação coletiva pode requerer que cada membro coordene suas ações com a conduta dos demais enquanto perdurar a atividade, tornando assim possível a obtenção de um resultado que seria inalcançável individualmente. O melhor exemplo, neste ponto, é o do concerto realizado por uma orquestra. Não é possível que um único músico realize a conjugação e a harmonização de sons de que depende uma sinfonia, porquanto apenas a multiplicidade de indivíduos, cada um reagindo coordenadamente aos atos praticados pelos demais, pode expressar aquela rica complexidade que caracteriza uma orquestra. Quando, portanto, houver uma atuação coletiva caracterizada pela interação

¹⁵⁶ COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 12.

¹⁵⁷ A exposição que se segue tem por base a lição de KORNHAUSER, Lewis A., e SAGER, Lawrence G. *The one and the many: adjudication in collegial courts*, California Law review, Vol. 81, nº 1, 1993, p. 03 e segs.

¹⁵⁸ A única diferença entre as duas hipóteses é que, enquanto na linha de produção do processo industrial a atuação dos indivíduos é diversificada, no segundo exemplo cada um dos pintores exerce a mesma e idêntica tarefa.

continuada entre a conduta de cada membro, tornando possível algo que individualmente não seria palpável, pode-se falar em um *esforço coletivo de equipe*.

Já as duas últimas formas de atuação coletiva visam a tornar *mais próxima do ideal* uma performance que, em tese, poderia ser realizada por um indivíduo isoladamente. O *esforço coletivo redundante* é realizado por atuações independentes de diversos agentes, sem um vínculo de colaboração¹⁵⁹. Ocorre esse fenômeno com os julgadores de provas olímpicas, em que cada um manifesta um juízo sobre o trabalho realizado pelo atleta, desconsiderando-se, como regra, a pior e a maior avaliação, e isso, como é de costume, sem a consulta prévia aos pares. Passa-se algo similar, no plano jurídico, com o Tribunal do Júri no direito brasileiro, no qual, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, cada membro do Conselho de Sentença responde aos quesitos que lhe são formulados pelo juiz togado sem que antes tenham discutido e debatido o material resultante da instrução processual, alcançando-se o veredito apenas pela soma dos votos¹⁶⁰. Na realidade, portanto, o Júri funciona como a *soma de sete juízos isolados* sobre os fatos da causa, feitos por cada um dos membros do Conselho, todos realizando essencialmente a mesma atividade, mas incomunicáveis entre si. Por detrás dessa sistemática reside a crença de que a opinião predominante estatisticamente em um universo de sete análises será potencialmente mais correta, e, portanto, mais próxima da perfeição, do que se passaria caso um único jurado se debruçasse sobre as provas dos autos.

Por fim, o último gênero de atuação coletiva reside no *esforço colegiado*. Esse gênero se aproxima, em primeiro lugar, do *esforço de equipe*, mencionado acima, porquanto a atuação de cada membro tem de se harmonizar com a conduta dos demais indivíduos envolvidos. Na essência, portanto, as palavras de ordem neste ponto são também a interação e a coordenação, que forcem a variação de perspectiva na performance a ser realizada, de individual para o grupo. Mas a finalidade da atuação coletiva, nesse caso, é a aproximação da performance a um ideal de perfeição através da interação e da coordenação de condutas, e não a obtenção de um resultado apenas realizável coletivamente¹⁶¹.

¹⁵⁹ Nesse ponto, o esforço redundante é similar ao esforço de distribuição, mencionado mais acima, em que também há indivíduos atuando isoladamente para a obtenção de um mesmo fim. Porém, o vínculo finalístico que preside os dois esforços é distinto, porquanto o esforço de distribuição, por ter em vista a realização mais célere de objetivo comum, não torna mais próximo do ideal a performance que resultada de cada membro, mas apenas amplia o objeto que pode ser alcançado coletivamente.

¹⁶⁰ Comentando o regime processual penal em vigor após as últimas reformas legislativas, afirma Tourinho Filho que, no Júri, “o Juiz deve estar sempre atento para evitar a influência de algum jurado sobre o outro” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, vol. II (Arts. 394 a 811 e legislação complementar), São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 144).

¹⁶¹ KORNHAUSER, Lewis A., e SAGER, Lawrence G. *The one and the many: adjudication in collegial courts*, California Law review, Vol. 81, nº 1, 1993, p. 04-05.

Não é difícil perceber como a atuação em órgãos judiciais coletivos se insere, do ponto de vista teórico, no último gênero acima descrito, de *esforço colegiado*. O julgamento pelo colegiado resulta de deliberação coletiva acerca do resultado a ser conferido à pretensão veiculada no recurso, bem como quanto às razões que hão de amparar a motivação do *decisum*. Quem age, portanto, ainda que através dos membros individuais, é a Corte como um todo, isto é, um órgão coletivo. Mas do perfil colegiado da deliberação não deve ser extraída a afirmação de que todos os membros do corpo julgador mantêm entre si uma relação lírica de amizade e de harmonia constante, predominando a homogeneidade. Ao contrário, o que marca a colegialidade é a finalidade comum de alcançar a melhor decisão possível para o caso em julgamento, de forma que cada um esteja ao menos aberto ao diálogo, por propensão pessoal ou mesmo pelos fatores formais e informais que cercam a atuação em órgão colegiados, debatendo a matéria examinada em um ambiente de urbanidade e de respeito¹⁶². Mesmo os votos dissidentes ou aqueles que, ainda que concordando com a conclusão, optam por perfilhar fundamentações diversas, confirmam de alguma maneira o esforço colegiado, porquanto manifestações com conteúdo dessa espécie encerram contribuição para o debate travado entre os membros, assegurando que a deliberação seja realizada com base em mais elementos, até mesmo para o fim de permitir um reforço na fundamentação do voto da maioria vencedora¹⁶³. O ponto será retomado logo a seguir.

A transposição desta lógica para o campo do processo civil brasileiro, a rigor, depende da remodelação do comportamento do julgador, que, embora acostumado, na primeira instância, a atuar de forma individual, proclamando com apenas as suas palavras a vontade concreta da lei, tem de readaptar-se à atuação conjugada com seus pares, com todos os fatores que daí decorrem para o conteúdo da decisão a ser tomada¹⁶⁴.

No processo civil brasileiro atual, a deliberação colegiada é realizada em sessão pública, que consiste em um *ato processual complexo* tanto do ponto de vista *objetivo* quanto, e principalmente, *subjetivo*¹⁶⁵. Na sessão de julgamento, com efeito, é praticada uma sucessão de atos processuais, como a sustentação oral, a deliberação colegiada propriamente dita e a

¹⁶² EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1645.

¹⁶³ EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1646.

¹⁶⁴ KORNHAUSER, Lewis A., e SAGER, Lawrence G. *The one and the many: adjudication in collegial courts*, California Law review, Vol. 81, nº 1, 1993, p. 02. O tópico seguinte, item 2.1.1.2, será dedicado a analisar alguns dos fatores que influem no julgamento colegiado nos Tribunais, como já mencionado.

¹⁶⁵ Nesse sentido, mas com destaque para o caráter subjetivamente complexo, cf. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 763.

proclamação do resultado do julgamento¹⁶⁶. Mas o que se mostra mais relevante para a definição da essência do procedimento recursal ordinário é a configuração subjetiva do órgão julgador. Com efeito, a decisão a ser proferida nessa espécie de procedimento é realizada de modo subjetivamente complexo, resultando, necessariamente, da concorrência de manifestações de vontade¹⁶⁷ distintas emanadas das pessoas físicas que figuram como membros do corpo julgador. Assim, cada manifestação de vontade, que assume a denominação de *voto* no direito brasileiro, é somada às demais de idêntica hierarquia e eficácia jurídica, dando então lugar à conclusão do julgamento colegiado, com uma única vontade estatal expressando o resultado da deliberação tomada pelos membros. Apenas após a apuração do resultado final é que cabe falar, a rigor, de manifestação de vontade pelo órgão julgador, e não antes com a sucessão ainda incompleta de votos isolados, que por conta disso não são capazes de adquirir autonomia jurídica enquanto atos¹⁶⁸.

Desta forma, e conforme será visto com mais detalhes no Capítulo 3, item 3.6, é através da sessão de julgamento que o raciocínio judicial, costumeiramente relegado ao campo psicológico e trazido apenas *a posteriori* aos autos através da garantia da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), ganha corpo como uma etapa formal exteriorizada e *processualizada*, isto é, inserida na sequência de atos do processo como um dos elementos que a compõem. Com efeito, por se tratar de um órgão julgador plurissubjetivo, a formação da vontade a ser manifestada através da decisão acaba sendo captada em um ato formal, situado em um momento específico no tempo e no espaço, de modo que, com o debate que assim é travado, aquela série de ilações e de valorações que caracterizam o raciocínio judicial¹⁶⁹,

¹⁶⁶ Assinala o caráter de ato processo complexo do julgamento colegiado BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematrx XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 84: “Todo julgamento de órgão colegiado é um ato complexo, que se realiza mediante procedimento disciplinado por normas legais e regimentais. À lei processual cabe traçar grandes linhas, ao passo que dos pormenores cuida o regimento interno. Sob variantes de alcance quase sempre reduzido, pode-se identificar um itinerário-padrão, que comporta basicamente as seguintes etapas: anúncio do julgamento pelo presidente da sessão; relatório, a cargo do juiz designado (relator); arrazoados orais dos advogados das partes; pronunciamento do Ministério Público, se funciona no feito; colheita e computação dos votos, pelo presidente; proclamação do resultado”.

¹⁶⁷ Para uma defesa rigorosa da caracterização do ato jurisdicional como ato de vontade, sem desprezar, porém, o predomínio da atividade intelectual no que toca à fundamentação da decisão, cf. CALAMANDREI, Piero. *La sentencia subjetivamente compleja*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 469-73.

¹⁶⁸ Nesse ponto é que a decisão em órgãos colegiados se distingue de outra categoria de decisões judiciais, em que há a soma de atos resultantes das vontades de diversos órgãos, que confluem levando em conta o exercício, por cada um, de funções distintas. Sobre essa distinção, cf. CALAMANDREI, Piero. *La sentencia subjetivamente compleja*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 482 e seguintes, que cita, dentre outros, o exemplo do modo como opera o instituto do *reenvio* nos juízos de cassação dos órgãos de cúpula do Judiciário em diversos países da Europa, que remetem ao tribunal inferior a aplicação ao caso da premissa maior fixada no julgamento. No Brasil, seria exemplo disso o incidente de declaração de inconstitucionalidade das leis nos Tribunais, regulado pelos arts. 480 a 482 do CPC, que concretizam a cláusula constitucional da reserva de plenário (CF, art. 97).

¹⁶⁹ Sobre o tema, cf. TARUFFO, Michele. *Decisiones judiciales e inteligência artificial*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 381-395; e, do mesmo autor, *El control de racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialética*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 397-409.

invisíveis e inaudíveis quando feitas por um juiz atuando individualmente, fazem-se presentes em uma etapa própria do procedimento recursal ordinário no Brasil.

É da análise desse ato central do procedimento recursal ordinário que se extraem as três finalidades subjacentes à colegialidade: o *reforço da cognição judicial*, a promoção da *independência dos membros julgadores* e, ainda, a *contenção do arbítrio individual*, como se passa a demonstrar.

2.1.1.1.1. O reforço da cognição judicial

Em primeiro lugar, e como já se ressaltou em algumas oportunidades anteriores, uma deliberação colegiada leva a que mais de um indivíduo se debruce sobre a mesma controvérsia jurídica, e com isso são aumentadas, em teoria, as chances de evitar erros. Conforme ressaltado por Barbosa Moreira¹⁷⁰, a pluralidade de julgadores permite que menos pontos relevantes passem despercebidos no julgamento, de modo que uma decisão tomada após deliberação colegiada é, tendencialmente, mais acertada do que a proferida por um juiz singular, já que fruto de maior reflexão previamente a que seja alcançada a conclusão¹⁷¹.

Com efeito, a posição manifestada por um dos membros, seja o relator ou os demais, no julgamento colegiado, submete-se à crítica e ao escrutínio de seus pares, e é daí que advém o *reforço da cognição* no procedimento recursal ordinário. O esboço de decisão assim exposto, que, em atuações monocráticas, já representaria a vontade imputável ao órgão judicial, apenas vingará como o denominador comum das visões distintas caso supere esse teste de conteúdo. E não é de todo incomum que, no curso desse processo, mesmo o julgador que inicialmente manifestara sua opinião venha a variar seu ponto de vista, aderindo a ressalvas e observações trazidas no colegiado ou até mesmo modificando substancialmente a conclusão que havia proposto¹⁷². Isso decorre da possibilidade de que aspectos relevantes da

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 237.

¹⁷¹ GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 36 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>); e COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, Paris: ed. PUF, p. 721.

¹⁷² Como se verá no capítulo seguinte, item 3.7.1., não só no momento da deliberação em público, na sessão colegiada, é possível que ocorra essa troca de perspectivas através de um debate sincero. Com efeito, dependendo do regime de elaboração do acórdão, se feito pelo mero acoplamento de votos ou se, ao contrário, resultado de um consenso da maioria em torno de um texto comum, também nesse instante a variação de posições, a partir de observações feitas por outros membros do colegiado, pode se fazer presente.

causa não tenham sido, por equívoco, objeto da devida consideração na reflexão individual, ou, por exemplo, de exigências que sejam feitas, pelos demais membros, de coerência na fundamentação à luz de precedentes judiciais não mencionados pelo primeiro julgador a votar¹⁷³.

Em qualquer dos casos, seja pela manutenção da posição ou pela re-adaptação após o debate, a deliberação colegiada trará frutos positivos para o exame da causa, forçando a que a decisão a ser tomada o seja com mais subsídios, com uma fundamentação mais segura e com um exame mais abrangente das teses e do material resultante da instrução processual, isto é, quanto às questões de direito e de fato. Tanto assim que há recomendação editada pelo Conselho Consultivo de Juízes da Europa, do ano de 2008, no sentido de que seja permitida a elaboração de votos dissidentes e concorrentes em deliberações colegiadas, inclusive com a possibilidade de publicação de seu inteiro teor, asseverando que tal fator é capaz de contribuir para o conteúdo da decisão e para a própria evolução do direito, considerado em uma perspectiva mais ampla¹⁷⁴.

Neste ponto, parece possível traçar uma distinção teórica entre os *graus de cognição* exercidos no julgamento de recursos, conforme se trate de julgamento colegiado ou de julgamento monocrático. Como já delimitado pela doutrina clássica do direito processual, a cognição judicial pode ser definida como um ato de inteligência, de considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes como elementos para alicerçar a fundamentação da decisão a ser proferida¹⁷⁵. Assim, a construção da decisão judicial é pautada pelo exercício da cognição, analisando as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento com observância do dever constitucional de motivação. Doutrinariamente, é possível separar a análise da cognição judicial em dois planos: o plano horizontal e o plano vertical. O primeiro, que diz respeito à extensão da matéria apreciável pelo juiz, conduz à subclassificação entre cognição limitada ou plena. Será limitada a cognição quando a lei

¹⁷³ EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1660-1.

¹⁷⁴ Opinião nº 11, de 2008, do Conselho Consultivo de Juízes da Europa dirigida ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, acerca da qualidade das decisões judiciais: “**c. Dissenting opinions** 51. In some countries judges can give a concurring or dissenting opinion. In these cases the dissenting opinion should be published with the majority’s opinion. Judges thus express their complete or partial disagreement with the decision taken by the majority of judges who gave the decision and the reasons for their disagreement, or maintain that the decision given by the court can or should be based on grounds other than those adopted. This can contribute to improve the content of the decision and can assist both in understanding the decision and the evolution of the law. 52. Dissenting opinions should be duly reasoned, reflecting the judge’s considered appreciation of the facts and law” (disponível em: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2008\)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3#P146_18112](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2008)OP11&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3#P146_18112). Acesso em 18.abri.2011).

¹⁷⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, Campinas: Bookseller, 2000, p. 59, que, às pp. 60 e segs., ressalta os componentes da cognição que extravasam o campo meramente lógico, como o volitivo.

impuser desde logo restrições ao tipo de questões que podem ser apreciadas pelo juiz no itinerário lógico que deve percorrer para julgar a causa; por exemplo, é o que ocorre com o procedimento especial relativo à desapropriação, na medida em que o Decreto-Lei nº 3.365/41, em seu art. 9º, impede a discussão quanto à configuração do interesse público necessário ao decreto desapropriatório¹⁷⁶. Ao contrário, será plena a cognição exercida quando não houver tal espécie de limitação, podendo o juiz apreciar todos os aspectos pertinentes à relação jurídica de direito material, como se passa, de regra, com o procedimento comum ordinário. Já o plano vertical diz respeito a outra ordem de análise da cognição, ligado não mais ao tipo de questões que podem ser apreciadas pelo julgador, mas sim quanto à profundidade com que o objeto cognoscível tem de ser apreciado¹⁷⁷. É assim que, nesse segundo plano, a cognição pode ser classificada como exauriente ou sumária. Será sumária a cognição quando for suficiente à prolação da decisão judicial o exame da presença de um elevado grau de probabilidade na pretensão veicula pelo autor, isto é, de aparência do direito, como se passa no campo das tutelas de urgência. Por sua vez, a cognição será exauriente quando a análise do julgador puder ser realizada com a perspectiva de alcançar o mais alto grau possível de certeza sobre os fatos e alegações que amparam a pretensão do autor, com a realização de todas as provas admissíveis e necessárias à demonstração da verdade e com a submissão de cada parcela dos elementos da demanda ao contraditório participativo¹⁷⁸.

Pois bem. O exame teórico da cognição exercida no julgamento colegiado depende, em primeiro lugar, da configuração particular do processo concreto em que se insere o recurso apreciado. Com efeito, se julgada apelação interposta em processo de desapropriação ou em processo cautelar, a cognição em segundo grau, naturalmente, não variará de natureza: o só exame da causa por um órgão colegiado não transmudará a cognição de limitada em plena, na hipótese de desapropriação, ou de sumária em exauriente, no caso do processo cautelar. Nos dois exemplos, com efeito, a análise em segundo grau continuará pautada pelas mesmas limitações que se impunham ao juízo de primeira instância, como consequência da concepção do juízo recursal como *revisio prioris instantiae*, estudada no capítulo anterior.

O que merece destaque, assim, é a comparação entre a cognição – isto é, aquele ato de inteligência voltado para o exame do material necessário para a decisão da causa – exercida

¹⁷⁶ Decreto-Lei nº 3.365/41, Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

¹⁷⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, Campinas: Bookseller, 2000, p. 114.

¹⁷⁸ Sobre o tema, cf. GRECO, Leonardo. *A função da tutela cautelar*. In: *Direito Civil e Processo - Estudos em homenagem ao Prof. Arruda Alvim*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, p. 829-843, embora ressaltando que a distinção entre cognição sumária e exauriente é de ordem quantitativa, porquanto mesmo no segundo caso não é possível afirmar que a convicção do juiz seja formada em um juízo de certeza absoluta e incontestável.

no julgamento colegiado e no julgamento monocrático de recursos, desconsiderando-se eventuais restrições horizontais ou verticais ao exame da causa. E, neste ponto, parece ser possível estabelecer uma distinção no *plano qualitativo*, consistente no binômio *cognição simples* e *cognição reforçada*, como se passa a demonstrar.

Com efeito, é de natureza exauriente, resguardadas as premissas afirmadas acima, a cognição exercida segundo o procedimento ordinário dos recursos. Mas é de se considerar, por outro lado, também exauriente a cognição exercida no julgamento monocrático dos recursos, porquanto, no Brasil, a composição subjetiva do órgão julgador não é suficiente para afastar a formação de coisa julgada material, que é a consequência mais significativa que pode advir da preclusão de decisão de mérito proferida segundo uma cognição irrestrita. Exemplo disso é o que se passa, na primeira instância, pelo julgador singular, quando profere sentença de mérito no procedimento comum ordinário do processo de conhecimento, capaz, evidentemente, de ser acobertada pela coisa julgada material. Por conta disso, não parece crível equiparar a cognição exercida pelo julgamento monocrático dos recursos, em oposição ao julgamento colegiado, com a cognição sumária que tem lugar nas tutelas de urgência.

Nem sequer seria lícito fazê-lo sob o fundamento de que o julgamento monocrático de recursos, no Brasil, é levado a cabo por um procedimento sumário ou abreviado, no qual são suprimidas etapas que seriam realizadas caso se tratasse do procedimento recursal ordinário. Com efeito, nem todo procedimento sumarizado ou abreviado, caracterizado pela redução de prazos e de etapas à luz do que se passa no procedimento padrão, leva, por decorrência necessária, à configuração de tutela sumária. Basta que se rememore, no ponto, o já citado julgamento antecipado de mérito em primeiro grau, no qual, como visto, são suprimidas etapas desnecessárias do procedimento em prol de um julgamento imediato da pretensão, e com aptidão para a formação da coisa julgada material. De outro lado, mesmo os procedimentos comuns sumários e o rito do mandado de segurança, com a feição de procedimentos sumarizados, podem alcançar a coisa julgada material, desde que a controvérsia possa ser resolvida à luz exclusivamente das provas admissíveis nessas espécies de procedimento¹⁷⁹.

¹⁷⁹ O art. 277, § 5º, do CPC determina a conversão do rito sumário em ordinário “quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade”, ao passo que o procedimento do mandado de segurança apenas se coaduna com a alegação de fatos cuja veracidade possa ser demonstrada por provas documentais pré-constituídas, como concretização da cláusula constitucional do “direito líquido e certo” (CF, art. 5º, LXIX).

Neste cenário, a distinção que pode ser encontrada entre o julgamento monocrático e o julgamento colegiado dos recursos reside no *plano qualitativo da cognição*¹⁸⁰. O debate travado com mais vigor entre no mínimo três membros exige um reforço no contato entre os julgadores e a causa, na medida em que mais de um enfoque pode ensejar o surgimento de novos questionamentos sobre as premissas e a conclusão do raciocínio a ser proclamado na decisão judicial. Do ponto de vista conceitual, assim, seria lícito denominar tal cognição como *reforçada*, porquanto a própria composição subjetiva do órgão julgador serve como um fator de potencial confiabilidade nas premissas e no dispositivo da decisão a ser tomada, dada a necessária interação entre os membros julgadores. De outro lado, a cognição exercida pelo julgador monocrático em grau de recurso, se não perde a natureza de exauriente, como visto, nem por isso pode ser equiparada, do ponto de vista material ou qualitativo, com o juízo mais seguro que é fruto do debate e da troca de experiências de um painel de múltiplos julgadores. Por essa razão é que parece apropriada a denominação à cognição assim exercida de *cognição simples*¹⁸¹.

Se, do ponto de vista teórico, a distinção entre os *graus qualitativos* de cognição parece coerente com a própria razão subjacente ao julgamento colegiado dos recursos, resta averiguar, porém, em que medida tal classificação, como deve ocorrer na doutrina jurídica, serve de instrumento para designar um particular regime jurídico para as decisões proferidas segundo cada uma de tais espécies de procedimento, sob pena de se mostrar desprovida de utilidade.

Neste ponto, as regras da legislação processual brasileira são particularmente omissas. As normas processuais, com efeito, não estabelecem uma repercussão direta da distinção entre os graus qualitativos de cognição nos procedimentos recursais no regime jurídico da decisão prolatada. Em teoria, seria cogitável, por exemplo, que o legislador reduzisse o prazo da ação rescisória quando ajuizada contra decisões colegiadas, fundando-se na premissa de que o resultado por ela alcançado seria merecedor de confiabilidade mais reforçada do que a proferida por um juízo singular de primeira ou de segunda instância, restringindo, assim, a

¹⁸⁰ Ressalte-se que nada impede a conjugação dos diversos planos de análise da cognição, classificando-a, por exemplo, como cognição *exauriente*, *plena* e *reforçada*, de um lado, e, de outro, cognição *sumária*, *limitada* e *simples*, de outro. Deste modo, os planos horizontal, vertical e qualitativo não se confundem, pois o plano qualitativo, como exposto no texto, se refere ao modo como são examinados os elementos da demanda segundo as balizas já fixadas pela formatação horizontal e vertical da cognição.

¹⁸¹ Como visto no primeiro capítulo, porém, a menor probabilidade de erros nos julgamentos dos recursos não se deve, exclusivamente, à composição plurissubjetiva do órgão julgador, mas também (i) à presença, nos autos, da análise já realizada pelo julgador de primeiro grau e (ii) às qualidades de que presumivelmente se dotam os membros da segunda instância, dada a forma de provimento dos cargos. Tais fatores denotam que a instituição de um julgamento monocrático dos recursos, se não assegura todas as vantagens do julgamento colegiado, nem por isso pode fulminar de forma absoluta o atingimento das finalidades buscada pela lei através dos recursos.

possibilidade de que fosse desconstituída. Da mesma forma, também seria possível o estabelecimento de regime peculiar para as hipóteses em que cabível a rescisão de decisões colegiadas, suprimindo-se, por exemplo, a possibilidade de desconstituir a coisa julgada assim formada sob o fundamento de erro de fato (CPC, art. 485, IX)¹⁸². Tais regimes, mencionados a título de cogitação, mostrar-se-iam razoáveis quando conferidos efeitos jurídicos particularmente vinculados à segurança e à confiança por que se pauta o julgamento colegiado, em grau distinto do que passa com o julgamento monocrático, desde que, invariavelmente, superassem um teste de validade à luz do postulado da proporcionalidade. Nenhuma dessas opções, contudo, foi adotada em linhas gerais pela lei processual brasileira, que define um regime essencialmente comum para as decisões proferidas em cognição simples e reforçada.

Mas a verdade é que, do ponto de vista teórico, nada impede que a lei processual identifique a natureza distinta entre tais espécies de cognição e, a partir disso, institua um regime jurídico diferenciado. E mesmo atualmente no direito brasileiro, mas já avançando para o campo do direito material, há exemplo significativo de adoção dessa lógica, de modo que não se mostra possível afirmar, em absoluto, que a diferença qualitativa de cognição seja irrelevante.

Com efeito, a Lei Complementar nº 135/10, denominada Lei da Ficha Limpa, fruto de iniciativa popular, instituiu um novo marco para as hipóteses de inelegibilidades no direito brasileiro, ampliando-as sensivelmente e, ainda, estendendo os prazos durante os quais, uma vez configuradas as causas previstas nas alíneas ‘c’ e seguintes do inc. I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, deve vigorar a impossibilidade de candidatura. Em diversas alíneas ali previstas – alíneas ‘d’, ‘e’, ‘h’, ‘j’, ‘l’, ‘n’ e ‘p’¹⁸³ –, a lei eleitoral estabelece uma

¹⁸² É possível traçar um paralelo, nesse ponto, com o regime comumente encontrado no direito europeu, em que a composição plural dos órgãos julgadores de primeiro grau, com a confiabilidade que lhe é inerente, vem acompanhada da restrição ao efeito devolutivo da apelação para os Tribunais, prestigiando o exame das questões de fato tal como realizado pelo órgão de origem. Na Alemanha, por exemplo, de acordo com o § 529 do Código de Processo Civil, a revisão de questões de fato apenas pode ser realizada na segunda instância se existirem fundadas dúvidas sobre a correção ou a completude da valoração das provas, em um evidente sinal de deferência ao julgamento de primeiro grau, conforme leciona WALTER, Gerhard, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?*, In: *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, TROCKER, Nicolò & VARANO, Vincenzo (eds.), G. Giappichelli Editore, 2005, p. 84.

¹⁸³ LC nº 64/90, com as alterações introduzidas pela LC nº 135/10: “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; ([Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#)) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: ([Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#)) 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; ([Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#)) 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; ([Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#)) 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; ([Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#)) 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; ([Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#)) 5. de abuso de autoridade,

valoração particular do julgamento colegiado proferido pelo Judiciário, quando disso resultar, por exemplo, condenação por ato de improbidade, por abuso de poder econômico ou por captação ilícita de sufrágio. Antes da entrada em vigor da LC nº 135/10, tais hipóteses dependiam da configuração de decisão transitada em julgado para que se desencadeasse a inelegibilidade. Após a nova lei, mesmo antes desse marco definitivo, mas desde que haja um pronunciamento de *órgão colegiado*, será imposta a consequência da inelegibilidade em razão das condenações judiciais, de forma que apenas as decisões proferidas monocraticamente é que não são capazes de produzir tal efeito.

Há, neste ponto, profundas discussões constitucionais a respeito da validade dessas novas disposições da Lei da Ficha Limpa, em especial no que toca ao alegado conflito com o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), porquanto, segundo se afirma, apenas após o trânsito em julgado seria lícita, à luz da Constituição, a atribuição de uma sanção gravosa da índole da inelegibilidade¹⁸⁴. De qualquer forma, a verdade é que o teor da LC nº 135/10 representa a clara adoção, pelo sistema jurídico brasileiro, das razões expostas neste trabalho com relação à distinção de cognição exercida em deliberações colegiadas, que ensejaram, aos olhos do legislador complementar por força de provocação popular, a crença de segurança no produto do julgamento do colegiado, equiparando-o, no ponto, àquele já coberto pela coisa julgada material¹⁸⁵.

nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) 8. de redução à condição análoga à de escravo; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) 9. contra a vida e a dignidade sexual; e [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) (...) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) (...) j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) (...) n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#) (...) p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010\)](#)".

¹⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal responderá de forma definitiva a essa e outras questões relacionadas à Lei da Ficha Limpa no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29/DF e 30/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF, todas da relatoria do Min. Luiz Fux.

¹⁸⁵ Não se pode afastar, neste ponto, que as inovações da Lei da Ficha Limpa tenham se fundado não apenas no reforço da cognição decorrente do julgamento colegiado, mas também nos fatores de *contenção do arbítrio individual* e de *garantia da independência dos julgadores*, de modo que, como fruto desses três fatores, o julgamento colegiado seria dotado de mais

É importante destacar, neste passo, que a descrição em abstrato das virtudes da cognição reforçada exercida no julgamento colegiado tem de ser posta em xeque diante das regras que, concretamente, o legislador processual estabelece para o procedimento recursal ordinário. Com efeito, muitas vezes, como se verá a seguir no Capítulo 3, as etapas previstas em lei para o julgamento colegiado não conseguem assegurar a fruição dos benefícios que, em teoria, tal modalidade de julgamento poderia produzir com relação à cognição, e é por essa razão que, não só com relação a esta razão subjacente, mas também quanto às duas outras que serão analisadas a seguir, deve-se ter em mente não a idealização da colegialidade em abstrato, mas sim o que dela se pode extrair *in concreto* à luz do direito brasileiro. O ponto será retomado mais à frente.

2.1.1.1.2. A independência dos membros julgadores

A colegialidade, de outro lado, assegura também a *independência dos julgadores* de forma mais eficaz. Como ensina a moderna doutrina do processo¹⁸⁶, o que há de mais característico na jurisdição é a imparcialidade dos julgadores, e é apenas isso que serve, a rigor, para lhe definir o núcleo conceitual. De fato, na tentativa de apontar o que seria a pedra de toque da jurisdição, a teoria do direito processual já esboçou diversos critérios: a finalidade de atuação da vontade concreta da lei, a resolução de conflitos de interesse, a aptidão para produzir coisa julgada, o caráter substitutivo da atividade, dentre outros. Mas, na realidade, o núcleo conceitual da jurisdição se encontra na ideia fundamental de imparcialidade, isto é, na formação de um juízo equidistante sobre postulações contrapostas, para eleger, dentre elas, a que seja dotada de razão. É o denominado *desinteresse objetivo*, assim, que serve de marco

confiabilidade, mitigando o risco de que represálias e perseguições políticas pudessem ensejar a privação da participação de determinado candidato do pleito eleitoral. De qualquer modo, os dois outros fatores mencionados serão objeto de análise no restante do presente tópico.

¹⁸⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 65-74; AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudência del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 669; CAPPELLETTI, Mauro. *General Report: Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, In: *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, (org.) Mauro Cappelletti e Denis Tallon, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 692; GALDINO, Flávio. *Imparcialidade judicial*, In: *Dicionário de princípios jurídicos*, (org.) Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 540; e LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 74-5, que, mais à frente, à p. 80, baseando-se nas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Espanhol nas SSTC n.ºs 45/2006, 143/2006 e 156/2007, afirma textualmente que sem imparcialidade não há processo judicial.

para a definição da atividade jurisdicional, de modo a pôr em prática a solução de casos concretos com atenção exclusiva aos comandos que decorram do direito em vigor¹⁸⁷. Nessa linha é que dispõem a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, e a Convenção Européia de Direitos Humanos, no art. 6º, todas a proclamarem o direito a um tribunal *independente e imparcial*¹⁸⁸.

Esse conceito maior de imparcialidade, expressando o fato de o julgador ser um terceiro diante do conflito, desdobra-se em dois outros, que lhe concretizam o sentido: a *independência* e a *imparcialidade em sentido estrito*. A *independência* diz respeito à série de condições prévias que asseguram que o julgador não sofrerá consequências pelo conteúdo dos atos que venha a proferir, por represália seja das partes, seja dos agentes políticos do Estado ou, ainda, seja de grupos de pressão ou de interesses presentes na sociedade¹⁸⁹. Seria incompatível com a segurança de que deve se revestir a atividade de julgar que o juiz pudesse se ver sob a ameaça, por exemplo, de atos dos Poderes Legislativo ou Executivo, capazes, suponha-se, de incutir-lhe o temor sobre o modo como deve decidir diante do risco de que tivesse sua competência alterada *ad hoc* ou fosse transferido da localidade em que atua¹⁹⁰. É assim, portanto, que a Constituição Federal, no art. 95, assegura aos magistrados a vitaliciedade, a irredutibilidade dos subsídios e a inamovibilidade, sempre como forma de

¹⁸⁷ AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudência del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 667 e 669.

¹⁸⁸ **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**, “Artigo 8º - Garantias judiciais – 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. **Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, “Artigo 6º - Direito a um processo equitativo – 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

¹⁸⁹ LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 44, que, ao tratar dos princípios informadores do estatuto da magistratura, assinala em primeiro lugar “el de la independencia, que les asegura que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se realizará sin presiones, órdenes o condicionantes provenientes de otros poderes públicos, de la sociedad o de las partes procesales (arts. 117.1 y 127 CE)”. No mesmo sentido, AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudência del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 666, para quem “la independencia no se refiere propiamente a cada juez y, no pudiendo consistir desde luego en atender al ánimo de un juez en especial, se basa en considerar si objetivamente en el estuto jurídico de los jueces de un Estado se establecen garantías suficientes para poder resistir las presiones exteriores”.

¹⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes em el proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974, p. 536.

impedir que haja pressões externas ao julgador para, tolhendo-lhe a serenidade, influenciar de qualquer modo o julgamento.

De outro lado, a *imparcialidade em sentido estrito*, que, a bem da verdade, só pode ser efetivada quando já pressuposta a garantia da independência¹⁹¹, liga-se à concreta configuração subjetiva e objetiva do processo judicial¹⁹². Um juiz imparcial, nesse sentido, é alguém marcado pela distância quanto à pretensão apreciada e quanto aos sujeitos que figuram em determinada causa. Assim, quebra-se a imparcialidade quando esteja presente uma relação particular, de natureza econômica ou pessoal, entre o juiz e uma das partes ou o juiz e o objeto da demanda, ou mesmo quando o julgador é conclamado a apreciar um ato decorrente de sua própria atuação já exercida em função distinta no mesmo processo¹⁹³. E é justamente para garantir a imparcialidade que são previstos, no Código de Processo Civil, institutos como o impedimento (art. 134¹⁹⁴) e a suspeição (art. 135¹⁹⁵), cada qual com um rol próprio de hipóteses que justificam o afastamento do juiz em relação à causa em julgamento, mas que não podem ser interpretados como se exaurissem todas as possibilidades de controle da imparcialidade do juiz à luz do núcleo conceitual da jurisdição, que repousa na própria

¹⁹¹ TARUFFO, Michele. *La cultura de la imparcialidade en los países de common law y de derecho continental*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 39-40: “De outro lado, hay que tener en cuenta que la independencia de del juez, sobre todo la del juez entendido como individuo singular antes que la de la magistratura en su conjunto, se considera, no obstante, como una *condición necesaria* de su imparcialidad. Es cierto, en efecto, que un juez Independiente puede, sin embargo, comportarse de modo no imparcial respecto de la decisión de casos concretos particulares; pero es también cierto que un juez que no sea Independiente difícilmente podrá comportarse de manera imparcial en el desempeño de su función. Por esta razón, y en particular en los ordenamientos de *common law*, el problema de la imparcialidad del juez no puede separarse completamente del de su independencia. No es casualidad, además, que normas transnacionales como el art. 6 de la Declaración Europea de los Derechos del Hombre, y varias normas constitucionales nacionales – como por ejemplo el actual art. 111 de la Constitución italiana – se refieran simultáneamente a la independencia e imparcialidad del juez”.

¹⁹² Nesse sentido, v. AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 667, que afirma que “la imparcialidad no puede determinarse con relación a estatuto alguno, no es algo abstracto, sino que guarda necesariamente relación con un proceso determinado, y por ello es concreta, de un juez y en un proceso”. E, na mesma linha, FISS, Owen. *The limits of judicial independence*, Miami Inter-American Law Review, vol. 25:1, 1993, p. 58.

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes em el proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974, p. 536.

¹⁹⁴ CPC, “Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz”.

¹⁹⁵ CPC, “Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”.

Constituição Federal. O estudo da imparcialidade em sentido estrito terá lugar, mais à frente, no Capítulo 3, quando examinada a composição dos membros julgadores do colegiado.

Nesse contexto, o que merece destaque é a forma como a colegialidade funciona como um reforço particularmente da independência dos julgadores. É que o conteúdo da decisão tomada no colegiado, por definição, não pode ser imputado especificamente à pessoa de um único julgador. Muito pelo contrário, a decisão proferida em órgãos coletivos torna difusa a responsabilidade entre seus membros, e com isso são mitigados alguns riscos. Em primeiro lugar, torna-se menos presente o risco de que os agentes políticos e demais atores sociais exerçam sobre uma única pessoa pressões externas sobre o modo como determinada causa será decidida, já que a solidão da atuação singular tornaria o julgador mais suscetível às influências políticas a respeito de demandas com grande repercussão¹⁹⁶. Sem sombra de dúvida, é particularmente no terreno do direito processual público, em que os interesses do Estado se fazem presentes de forma imediata, que esses riscos à independência se põem mais às claras¹⁹⁷. Além disso, a deliberação colegiada dificulta também a atribuição do mérito ou demérito do resultado do processo a uma única pessoa, o que é particularmente relevante diante da exposição atual dos julgadores à crítica pública através dos meios de comunicação de massa. Assim, a independência é protegida, pela colegialidade, não só diante de pressões veladas, no jogo de influências do cenário político, mas também em face da exposição pública a que todo juiz, em um Estado Democrático de Direito com imprensa livre, está submetido¹⁹⁸.

O vínculo entre a independência e a composição subjetiva do órgão julgador é destacado, por Marie-Anne Cohendet, como uma justificativa para que, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, seja da tradição judiciária o julgamento monocrático em primeiro grau. Sustenta-se, assim, que nos países anglo-saxões, ao contrário do que se passou em diversos outros Estados europeus, como Itália, França e Alemanha, o fortalecimento da magistratura como instituição ao longo da história, cercando-a de garantias contra os poderes políticos, permitiria concluir que a atuação ainda que individual do juiz na primeira instância

¹⁹⁶ GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 36 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>); e COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, Paris: ed. PUF, p. 719.

¹⁹⁷ AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 666; e FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamerica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 37, que ressalta os riscos advindos da atuação principalmente do Poder Executivo sobre a magistratura nos países latinoamericanos.

¹⁹⁸ Sobre a influência da mídia nas deliberações dos tribunais, cf. ABDO, Helena. *Mídia e processo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 81 e segs.

já refletiria aqueles predicados inerentes à jurisdição ligados à ideia de independência do julgador, tornando possível o afastamento da colegialidade para atingir esse mesmo fim¹⁹⁹. De forma diversa, porém, foi para combater esses mesmos riscos de reprimendas aos magistrados, assegurando a diluição da responsabilidade pelo julgamento por no mínimo três membros já em primeiro grau, que se tornou parte da tradição democrática da França, por exemplo, o julgamento colegiado em primeira instância.

A mesma autora ressalta que foi também pela conexão direta com o princípio da independência dos julgadores que surgiram severas críticas a propostas, do Poder Executivo francês, para que fosse reduzido o âmbito de atuação dos órgãos colegiados na justiça administrativa. Entendeu o Conselho Constitucional, ao apreciar o tema, que a definição das hipóteses em que restringível o julgamento colegiado, em prol do julgamento monocrático, deveria ser necessariamente disciplinada pelo veículo normativo da lei em sentido formal²⁰⁰, isto é, como ato emanado do Parlamento, e não por mero Decreto, porquanto a conexão da colegialidade com a garantia da independência dos julgadores, em especial no âmbito do exame de causas contra o poder público, como é característico, por definição, da justiça administrativa, exigiria manifestação democrática como motivo para permitir o julgador único²⁰¹.

A criação de órgãos colegiados como meio de assegurar a independência dos julgadores pode ser igualmente observada também hoje no Brasil, notadamente no que concerne ao procedimento para julgamento de processos penais envolvendo o chamado crime organizado. Com efeito, o II Pacto Republicano, assinado pelos Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em 13 de abril de 2009, elenca como uma das medidas voltadas ao “*aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos*” a “*criação de colegiado para julgamento em primeiro grau nos casos de crimes de*

¹⁹⁹ COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, in Revue française de droit constitutionnel, n° 68, Paris: ed. PUF, p. 714.

²⁰⁰ Orientação similar é adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, que assevera a constitucionalidade dos julgamentos monocráticos nos Tribunais apenas quando (i) prevista em lei em sentido formal e (ii) assegurado o recurso para o órgão colegiado, conforme se extrai do seguinte precedente: “EM FAVOR DE QUALQUER DE SEUS MEMBROS, 'UTSINGULI', NÃO PODEM OS TRIBUNAIS DECLINAR DE COMPETÊNCIA QUE A CONSTITUIÇÃO NELES INVESTIU, ENQUANTO ÓRGÃOS COLEGIADOS. SOBRETUDO, NÃO PODEM, POR MEIO DE NÓRMA REGIMENTAL, EMPRESTAR O ATRIBUTO DE DECISÃO DEFINITIVA AOS DESPACHOS DOS SEUS MEMBROS. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL O PARAGRAFO 2. DO ART. 364 DO RÍ DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIAS” (Rp 1299, Relator(a): Min. CELIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/1986, DJ 14-11-1986 PP-22148 EMENT VOL-01441-01 PP-00093).

²⁰¹ COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, in Revue française de droit constitutionnel, n° 68, Paris: ed. PUF, p. 715; e MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. I, 2007, p. 212 (Disponível em < http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>).

organizações criminosas” (alínea ‘o’), expressamente aludindo à finalidade de “trazer garantias adicionais aos magistrados, em razão da periculosidade das organizações e de seus membros”.

Em última análise, portanto, o julgamento colegiado tem de ser visto como mecanismo institucional de incremento da independência dos magistrados, pois torna difusas, entre os membros do órgão, as pressões externas que, em um julgamento monocrático, seriam concentradas em uma única pessoa²⁰².

2.1.1.1.3. A contenção do arbítrio individual

Por outro lado, a composição plúrima do órgão julgador promove também a *contenção do arbítrio individual*²⁰³. Ao contrário da finalidade anterior, que, ligada à independência, protege o julgador de pressões externas, a contenção do arbítrio tutela o conteúdo da prestação da jurisdição em face dos riscos que poderiam advir da própria conduta do magistrado, como ser humano falível que é. E são dois os meios através dos quais se alcança esse objetivo pela colegialidade.

Em primeiro lugar, a colegialidade permite um controle intra-orgânico contra inúmeras formas de corrupção da atividade decisória²⁰⁴. Por depender também do convencimento de seus pares, a arbitrariedade que um dos membros pretenda pôr em prática é, no mínimo, dificultada, pois a desonestidade, para que se perpetue, depende do conluio

²⁰² A finalidade de proteção do julgador através da colegialidade é ressaltada por MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. I, 2007, p. 211-2 (Disponível em < http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>). No mesmo sentido, cf. PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, tradução de José Carlos Barbosa Moreira. In: Revista de Processo, n° 91, julho-setembro de 1998, São Paulo: Ed. RT, p. 206: “Alguns chegam a pensar que um colégio de três juízes é uma ‘Justiça de luxo’ que podia convir ao século passado, mas em nossos dias já não pode corresponder aos imperativos de uma Justiça moderna. Entretanto, os juristas franceses, no conjunto, permanecem muito apegados à colegialidade, considerada por eles como garantia de boa justiça. E não sem razão: a deliberação entre três juízes enriquece a reflexão, e a colegialidade, sobretudo, melhor preserva a independência de espírito de cada juiz, graças ao anonimato que permite a cada um deles tomar sua decisão sem ficar exposto ao rancor de determinados litigantes: em nossos países latinos, onde os espíritos são prontos na crítica, esse aspecto está longe de ser despreciado”.

²⁰³ COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In: *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo I – La constitución y el proceso civil, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 85; e GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*. In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 306.

²⁰⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 136 e 410, apontando que as razões por detrás de tal forma de controle se harmonizam com os fundamentos do princípio da separação de poderes, inspirado no ideal de moderação do exercício do poder político. Ressalta também a finalidade de controle por detrás da colegialidade GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*. In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 306.

necessário de ao menos mais um membro do colegiado²⁰⁵. Na realidade, será necessário o conluio ou, no mínimo, o exame negligente da causa pelos demais julgadores de forma a que a intenção de manipular o julgamento, pelo membro corrompido, possa concretizar-se do ponto de vista prático, alcançando a maioria em órgãos formados por três indivíduos. A colegialidade, desta forma, funciona como um reforço da garantia de preservação da legalidade e do princípio da imparcialidade, evitando que eventual inclinação de viés arbitrário de um dos julgadores seja por si só determinante para o resultado do julgamento no órgão.

Ao lado disso, e num sentido mais sutil, a colegialidade também induz à moderação na atividade interpretativa das normas jurídicas. O cenário atual do direito, resultado da evolução e da dinâmica das relações sociais, é povoado por normas de conteúdo mais aberto e mais flexível, que conclamam a participação ativa do intérprete na definição do sentido e do alcance de suas palavras, muitas vezes apelando para regras dotadas de conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo para princípios²⁰⁶. Não cabe mais pensar, como era típico do século XIX, que o legislador possa pré-estabelecer de forma rígida, exhaustiva e pormenorizada todas as possíveis situações da vida, acreditando no dogma da completude das regras legais. Nesse novo contexto, há a convocação inegável para que a atividade do julgador não se resuma à intelecção, mas também avance para aquele componente de vontade necessário para a criação do direito nos casos concretos, formulando parâmetros de conduta, com base em textos legais abertos, que atendam aos nortes abstratos definidos com fluidez pelo perfil atual das normas jurídicas. É assim que se passa, por exemplo, com o art. 422 do Código Civil, que impõe a observância da *boa-fé objetiva* pelos contratantes, cuja aplicação depende, como se sabe, da concretização de tal parâmetro ético de conduta essencialmente à luz das especificidades do caso trazido a julgamento²⁰⁷.

Esse novo viés das normas jurídicas, se, por um lado, defere ao intérprete grande parcela de atuação para definir a conduta juridicamente exigida diante das circunstâncias da causa, por outro, como é evidente, acaba abrindo o flanco para que, sob o pretexto de

²⁰⁵ Conforme expunha Affonso Fraga, “é mais fácil o suborno e a prevaricação de um que de muitos”, *apud* GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 35 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>). No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

²⁰⁶ O tema dos conceitos jurídicos indeterminados foi analisado no trabalho clássico de BARBOSA MOREIRA. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, In: *Temas de direito processual*, 2ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 66 e segs. Sobre os princípios jurídicos, é indispensável a leitura de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

²⁰⁷ A respeito do princípio da boa-fé objetiva como parâmetro de conduta para os contratantes, cf. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 15-23.

preenchimento do conteúdo de tais normas, sejam cometidas arbitrariedades e voluntarismo pelos juízes. Apesar de alguns avanços metodológicos nessa seara²⁰⁸, a própria forma de aplicação dos princípios, pautados pela ponderação, e a atividade de concretização de conceitos jurídicos indeterminados, que apelam para valores histórica e culturalmente situados, são qualitativamente distintas, do ponto de vista da controlabilidade intersubjetiva, do que antes se passaria em um modelo de direito marcado pela eficácia jurídica exclusivamente das regras, que se caracterizam pela previsão de uma hipótese de incidência fática a que a própria lei vincula, quando configurados seus pressupostos *in concreto*, o desencadeamento de determinada consequência jurídica²⁰⁹.

A flexibilidade e a maleabilidade desse novo contexto do direito são temperadas, como já se disse, pela colegialidade nos julgamentos nos Tribunais. Com efeito, se cada membro atuando individualmente poderia deixar aflorar sua pré-compreensão mais enraizada, suas posições ideológicas pessoais e suas idiosincrasias na atividade interpretativa, a colegialidade surge como um instrumento de indução à moderação e à obtenção de um justo-meio na pluralidade de visões distintas²¹⁰. Ao impor que a conclusão da causa seja resultado do consenso da maioria, a colegialidade força a que o voto dos membros julgadores, se proferido com a finalidade de angariar adesões, apele para valores compartilhados pela comunidade, excluindo compreensões sectárias.

É verdade, no entanto, que mesmo o juiz singular, como agente público em um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), não pode fazer atuar a prestação jurisdicional com base em caprichos e subjetivismos, e por isso também a ele se impõe, através da garantia da motivação (CF, art. 93, IX), a solução da controvérsia de modo imparcial à luz da lei e do direito. No entanto, enquanto os desvios cometidos por juízes monocráticos nesse ponto são

²⁰⁸ De que é exemplo a obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

²⁰⁹ A relevância das características pessoais do julgador na interpretação dos princípios jurídicos e de regras que façam uso de conceitos jurídicos indeterminados é ressaltada por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Emtra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 79, que afirma que “a influência subirá de ponto à proporção que aumente na matéria o teor valorativo das possíveis opções, conforme acontece, por exemplo, sempre que a norma aplicável se reporta a parâmetros axiológicos ou utiliza conceitos jurídicos indeterminados do tipo de ‘necessidades pessoais’, ‘uso regular’, ‘interesse público’ e tantos outros análogos, encontradiços a cada passo nos textos legais. Isso para não falar nas hipóteses em que, silente a lei, se torna preciso recorrer aos princípios gerais do direito – campo onde cada qual se moverá, em boa medida, sob o impulso de crenças e idéias personalíssimas”.

²¹⁰ COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, nº 68, Paris: ed. PUF, p. 720. No mesmo sentido, EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2003, p. 1645; e MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro*, In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ*, vol. I, 2007, p. 213 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>), que alude expressamente à colegialidade como um fator de moderação.

corrigidos através de recursos, em uma etapa processual sucessiva à prolação do *decisum*, a colegialidade introduz um *mecanismo de controle interno à própria formação da decisão*, que mitiga a suscetibilidade a juízos arbitrários pela necessidade de consenso entre a pluralidade de julgadores. Afasta-se, assim, ao menos em tese a prevalência de preconceitos pessoais em prestígio do senso comum prevalecente na sociedade, de modo que a perspectiva de divergência de opiniões induz a uma manifestação mais ponderada²¹¹.

Não há como ignorar, contudo, que a contenção do arbítrio individual, nesse segundo sentido a que se alude, dependa particularmente da composição subjetiva do órgão colegiado, isto é, do perfil dos juízes que o integram. E, para demonstrá-lo, é proveitoso fazer uso, neste ponto, dos subsídios resultantes de estudo realizado sob a direção de Cass Sunstein junto às Cortes de Apelação da Justiça federal norteamericana, no qual foram analisadas com rigor cerca de seis mil e quatrocentas decisões colegiadas, e, por consequência, dezenove mil e duzentos votos. O objetivo geral da pesquisa consistiu em identificar, dentre outros temas, as consequências que decorrem, para o resultado do julgamento colegiado, da homogeneidade e da heterogeneidade na composição do órgão julgador segundo a inclinação ideológica de seus membros, entendida como tal a série de compromissos de ordem moral e política assumidos pelos juízes enquanto indivíduos e membros da sociedade²¹².

Com efeito, a pesquisa empírica realizada por Sunstein teve a finalidade de comprovar três afirmações: (i) que as decisões dos juízes são influenciadas, nos grandes casos controvertidos da contemporaneidade – como discriminação sexual, ações afirmativas e proteção do meio ambiente –, por suas convicções ideológicas; (ii) que a homogeneidade da composição ideológica, em órgãos judiciais colegiados, leva a que o resultado de suas decisões revele uma amplificação ao extremo da ideologia de seus membros, em intensidade maior do que cada um alcançaria se agisse de forma solitária; e (iii) que, no sentido oposto, a diversidade ideológica no seio do colegiado conduz à moderação na decisão tomada pela maioria vencedora, mesmo que dois dos membros sejam alinhados sob o mesmo ideário, dada a presença de uma voz dissonante no julgamento. Para tanto, e em razão da dificuldade de obter dados particulares sobre a pré-compreensão e as idiossincrasias relativas a cada membro do Judiciário, foi utilizado como critério para a análise a inclinação do Presidente que havia realizado a indicação dos julgadores individuais para a magistratura federal, definindo-o como

²¹¹ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*, 1921, p. 176-177, citado por EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1639.

²¹² O resultado desse estudo consta de SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006.

liberal ou conservador conforme se tratasse, respectivamente, de filiado ao partido Democrata ou ao partido Republicano, para que, à luz de tal parâmetro, fosse avaliado o conteúdo das decisões tomadas pelos órgãos colegiados conforme sua composição²¹³.

O resultado da pesquisa, após a exposição cuidadosa dos dados colhidos e do confronto do resultado dos julgamentos com a posição ideológica dos julgadores, é a confirmação das três teses inicialmente apontadas. Em especial, é ressaltado pelos autores da pesquisa o papel que a ideologia exerce sobre o conteúdo do julgamento em casos especialmente controvertidos, isto é, em que a solução ditada pelas normas jurídicas ou pelos precedentes não é clara, ensejando, assim, que a atividade interpretativa seja desenvolvida com maior margem de liberdade²¹⁴. Mas essa influência direta da ideologia é temperada pelos chamados “*panel effects*”, assim entendida a série de consequências que advém da interação entre os julgadores nos órgãos colegiado²¹⁵.

Em primeiro lugar, os autores destacam que em questões como aborto e pena de morte, cercadas por visões mais apaixonadas, os efeitos do colegiado são praticamente nulos, de forma que cada votante manifesta, segundo os dados da pesquisa, sua concepção ideológica pessoal de forma independente do conteúdo dos votos de seus pares no órgão julgador. Porém, em questões ainda tormentosas mas não tão extremas, é possível que o colegiado induza a dois efeitos, conforme sua particular composição subjetiva. De um lado, em painéis compostos majoritariamente – *i.e.*, não completamente – por liberais, a presença do membro conservador exercerá o papel de induzir à moderação²¹⁶. Com efeito, ao ter a consciência de que uma posição liberal extremada enfrentaria o embate direto do membro conservador, que acabaria por proferir um voto dissidente, a maioria liberal tende a caminhar muitas vezes no sentido de buscar a unanimidade através de uma decisão mais moderada,

²¹³ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 06, conforme nota de rodapé nº 04.

²¹⁴ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 04 e 147.

²¹⁵ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 07: “Human beings are often influenced by other human beings, particularly those with whom they frequently interact. When like-minded people get together, they often go to extremes. And sometimes people suppress their private views and conform to the apparent views of others. Drawing on the findings, we might speculate that federal appellate judges are subject to ‘panel effects’ – that the votes of individual judges are affected by the votes of other judges on the panel. On a three-judge panel, a judge’s likely vote might well be affected by the other two judges assigned to the same panel. In particular, we might ask: *Does a judge vote differently depending on whether she is sitting with no judge, one judge, or two judges appointed by a president of the same political party?*”. Em sentido similar, cf. CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, In: *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009, p. 1405. Mais à frente, no tópico seguinte, serão estudados com detalhes alguns fatores que se inserem na dinâmica dos órgãos colegiados.

²¹⁶ O raciocínio se aplica, simetricamente, aos colegiados formados por uma maioria conservadora acompanhada por um membro de viés liberal.

alcançando um consenso mínimo²¹⁷. Essa afirmação é comprovada, segundo os autores, pelo menor percentual de conteúdos rotulados como essencialmente liberais em órgãos cuja composição seja integrada por um membro conservador como minoria, quando em confronto com decisões proferidas por órgãos formados exclusivamente por liberais²¹⁸. E é relevante notar que os membros liberais, em situações como a narrada, já têm assegurada a certeza de que sua posição se sagrará, de qualquer modo, como a vencedora, do mesmo modo que, pragmaticamente, passar-se-ia caso o painel fosse completamente integrado por julgadores de índole liberal.

O segundo efeito importante do julgamento colegiado, e também confirmado pela pesquisa, consiste na potencialização de concepções ideológicas em composições homogêneas, isto é, em que falta a diversidade de visões. A lógica por detrás dessa constatação é resumida, como afirmam os autores, em uma frase advinda das ciências sociais: deliberações em grupos formados por pessoas com a mesma forma de pensar tendem a alcançar extremos²¹⁹, em um fenômeno denominado de *polarização de grupo* ou *amplificação ideológica*. Disso resulta que órgãos julgadores formados exclusivamente por liberais, unificados ideologicamente, tendem a produzir resultados mais liberais do que seria esperado da conduta de cada um individualmente, valendo o mesmo para composições formadas apenas por conservadores: como exemplificado pelos autores, um painel formado apenas por conservadores, quando confrontado com um caso em que analisada a constitucionalidade de ações afirmativas, tem a tendência de não apenas fulminar o programa de ação em exame, mas também de estabelecer, como *ratio decidendi*, uma ampla regra geral contrária a tal espécie de medida independentemente das circunstâncias; de forma similar, um colegiado composto apenas por liberais, diante da validade de uma específica medida de regulação de financiamento de campanhas eleitorais, ao invés de apreciar apenas a validade daquela regulação particular, sugeriria em termos genéricos a validade de qualquer medida com o mesmo fim, desconsiderando as possíveis diferenças²²⁰.

²¹⁷ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 70-71.

²¹⁸ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 19-24. No mesmo sentido, CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, In: *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009, p. 1405, que afirma categoricamente que a colegialidade mitiga as preferências ideológicas dos juízes.

²¹⁹ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 71, *verbis*: “Deliberating groups of like-minded people tend to go to extremes”.

²²⁰ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 73.

Assim, e como fruto dos subsídios colhidos de tal pesquisa, extrai-se ser de fundamental importância, para que a colegialidade consiga assegurar de forma efetiva a virtude de redução do arbítrio judicial, que a composição dos órgãos colegiados nos Tribunais seja marcada pela diversidade, refletindo o pluralismo encontrado na sociedade²²¹. Tem de estar presente, com efeito, e ainda que em traços mínimos, a diversidade na formação humanista dos julgadores, nas concepções ideológicas que cada um traz consigo e, possivelmente, mesmo na experiência profissional adquirida com o tempo, como forma de conter posições extremadas pela explicitação de compreensões divergentes a respeito de uma mesma matéria. Será, portanto, do confronto e do debate entre visões distintas igualmente razoáveis que a colegialidade poderá render o fruto da moderação. Essa diversidade, ademais, além de reduzir o arbítrio, poderá incrementar de forma mais intensa a qualidade da decisão a ser proferida, já que novos enfoques trarão para o debate possíveis pontos frágeis da argumentação que um órgão julgador com a composição estritamente homogênea não conseguiria captar²²².

Em síntese, o desenho institucional, sob o ângulo subjetivo, do órgão judicial segundo o paradigma da colegialidade pretende promover as virtudes do *reforço da cognição judicial*, da *garantia da independência de seus membros* e, ainda, da *contenção do arbítrio individual*, e são essas três finalidades abstratas que deverão ser confrontadas, no Capítulo seguinte, com a disciplina concretamente definida no direito brasileiro para cada etapa do procedimento recursal ordinário, a fim de examinar se as regras processuais promovem ou fragilizam o atingimento de tais metas.

Antes disso, porém, no tópico seguinte serão analisados alguns fatores próprios à mecânica da deliberação colegiada, na perspectiva de concretizar de forma tão específica

²²¹ O vínculo entre colegialidade e pluralismo é ressaltado por GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. V, 2010, p. 36 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>).

²²² EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1669 e, mais à frente, à p. 1670: “I believe that a collegial court becomes greater than the sum of its diverse parts and that demographic diversity can promote, not impede, collegiality. Why? Judges are whole people who have multiple identities and experiences. But judges also serve as equals who are obliged to enforce the law no matter their distinctive perspectives. ‘A more diverse judiciary ... reminds judges that all perspectives inescapably admit partiality. With this understanding, judges are less likely to fall prey to the temptations that trouble scholars and members of the public who believe that judicial decision making is mostly a product of personal ideology’”. No mesmo sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 145: “We have made a tentative plea in favor of ideological diversity, on the theory that such diversity is a valuable way of checking extremism and of exposing competing views. Ideological amplification is not always wrong. Perhaps the most extreme view is best. But there is reason to have more confidence that decisions are right, and that justice has been done, if diverse judges have been able to agree with one another”.

quanto possível o modo como, do ponto de vista material, ocorre a interação formal e informal entre os membros julgadores.

2.1.1.2. Fatores na deliberação

O estudo do comportamento de agentes públicos é feito com especial destaque para os titulares de mandatos eletivos. Em tais casos, com efeito, em que as características pessoais do agente influenciam desde a assunção ao poder, através das eleições populares, até o seu perfil como mandatário da nação, a ciência política tem tentado destrinchar quais as razões que motivam a tomada de decisão rotineiramente realizada no exercício da função. É assim que se estuda, por exemplo, o efeito da perspectiva de reeleição sobre o comportamento de agentes políticos no cargo máximo das Administrações Públicas federal, estadual e municipal, identificando-se tal expectativa como a força motriz para a realização de programas de governo com apelo popular imediato. Sinal concreto desse risco, a rigor, pode ser visualizado na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), editada com base no art. 169 da Constituição Federal de 1988 com a finalidade precípua de impor a moralização das finanças públicas, e cujo art. 21, parágrafo único, impõe severas restrições ao aumento de despesas com pessoal nos últimos cento e oitenta dias de mandato²²³.

Esse mesmo interesse, contudo, não tem sido despertado em igual intensidade no que toca ao comportamento dos membros do Poder Judiciário²²⁴. É que, por um lado, o estudo do direito parte de duas perspectivas distintas, e insuficientes, para o exame do modo como um juiz atua. Em primeiro lugar, na teoria e na filosofia do direito, a figura do juiz é tratada de forma idealizada e romântica, descrevendo o raciocínio jurídico como a mais pura forma de aplicação da metodologia e das técnicas hermenêuticas, de modo que cada doutrinador constrói a figura do juiz da maneira mais afinada possível com a teoria que pretende sustentar em sua obra²²⁵. Em outras palavras, para justificar a própria filosofia ou a teoria do direito que

²²³ Lei Complementar nº 101/2000, “Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1o do art. 169 da Constituição; II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo. Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”.

²²⁴ É o que afirma SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 616.

²²⁵ Deve ser feita, neste ponto, a ressalva quanto à escola norteamericana do realismo jurídico, que se distancia em grande parte desse modelo idealizado da atividade julgadora. Sobre o tema, cf. SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and*

se pretende afirmar, idealiza-se a figura do juiz como invariavelmente capaz de aplicá-la com precisão e acerto, sem que outros fatores, de viés mais mundano e menos abstrato, possam atingir esse altar de puras essências²²⁶. Por outro lado, o campo do direito processual civil cuida menos do comportamento da pessoa física do julgador do que do produto de sua atividade, isto é, dos atos processuais e da decisão judicial, analisando esta última à luz das regras que a disciplinam no Código de Processo Civil – arts. 458 e seguintes, mas não exclusivamente – e do princípio constitucional da motivação (CF, art. 93, IX).

Apesar da utilidade inegável desses dois enfoques, que não pode ser ignorada, a verdade é que ainda há um vasto campo para a análise do comportamento decisório no Poder Judiciário, mais ligado a fatores empíricos de ordem externa e interna no comportamento individual de cada julgador, e não tão abstratos quanto os mencionados anteriormente. E essa perspectiva distinta, que pode ser encontrada em alguns textos da doutrina norteamericana, é de especial proveito para analisar quais os fatores que influenciam a atuação dos juízes quando inseridos em um órgão colegiado, de modo a tornar mais clara a mecânica concreta da colegialidade²²⁷. E, neste ponto, embora seja possível identificar fatores específicos que influam sobre o julgamento colegiado nas Cortes Supremas, em comparação com o realizado nos Tribunais de segundo grau ou em outros Tribunais superiores, a verdade é que há uma base comum que permite a análise uniforme da mecânica da deliberação em órgãos colegiados²²⁸. É disso que se tratará, portanto, na exposição a seguir.

O exame da atuação dos julgadores em segunda instância, caracterizada, como regra, pela composição colegiada, tem sido realizado, no campo principalmente da ciência política,

the inglorious determinants of judicial behavior, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 619; BIX, Brian. *Jurisprudence – theory and context*, Durham: Carolina Academic Press, 2009, p. 189 e segs.

²²⁶ A idealização da figura do juiz no campo da teoria do direito é posta em xeque por SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, U Chicago Public Law Research Paper No. 28, 2002, p. 02 e seguintes (disponível em: <http://ssrn.com/abstract=320245>).

²²⁷ Há, por certo, diferenças sensíveis entre o sistema judiciário norteamericano e o brasileiro, que, em princípio, tornariam pouco proveitoso o aporte da doutrina lá desenvolvida para o estudo do comportamento dos juízes em órgãos colegiados no Brasil: enquanto nos EUA há uma acentuada função criadora da jurisprudência, no direito brasileiro, filiado à matriz romano-germânica, tal fenômeno não se manifesta com a mesma intensidade, apesar do progressivo desenvolvimento da hermenêutica constitucional, que muitas vezes leva a soluções situadas no limite entre a atividade de interpretação e de criação do direito; no Brasil, além disso, e ao contrário do que ocorre no Judiciário federal norteamericano, os juízes ingressam na carreira através de provimento dos cargos mediante concurso público, embora, para o acesso à segunda instância, ainda haja um inescandível componente de influência política, dada a nomeação, de acordo com o critério do merecimento, pelo Chefe do Poder Executivo dentre os indicados em listas tríplices pelos Tribunais (LOMAN, art. 80 e segs.). Essas diferenças, no entanto, não impedem que se aproveite ao menos minimamente os avanços teóricos já obtidos no direito norteamericano, ainda que apenas de modo a sinalizar futuras linhas a serem seguidas no estudo do tema no direito brasileiro. Na realidade, a descrição que se passa a fazer dos fatores que influem na deliberação colegiada será proveitosa ao tempo em que forem analisadas as sucessivas etapas que compõem o procedimento recursal completo, de modo a explicitar de que forma o regime legal potencializa ou mitiga a concretização de tais fatores no direito brasileiro.

²²⁸ Enfatizando também essa base comum para o exame da deliberação colegiada, cf. CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011, p. 337.

mas com reflexos no direito processual, sob três enfoques relativamente diversos. Com efeito, enquanto há autores que fazem uso da perspectiva exclusivamente individual para analisar o comportamento dos membros de órgãos colegiados – *modelo individual* –, há também, por outro lado, obras que analisam o papel dos julgadores com destaque para a interação do grupo, na qual, por certo, ainda há espaço para que as características pessoais exerçam um papel relevante, mas que nem por isso podem ser tidas como a única base para a explicação da atuação dos membros do órgão – *modelo de grupo* ou *modelo estratégico*. Por fim, e de forma mais complexa ainda, há uma terceira linha de autores que assinala que a interação em órgãos colegiados tem de ser estudada levando em conta tanto as feições individuais dos julgadores quanto a influência que a interação no grupo é capaz de exercer, mas devendo ser somados a isso também, paralelamente, alguns fatores de ordem formal e informal que decorrem da particular forma de organização dos Tribunais – *modelo institucional*²²⁹.

A primeira fórmula teórica de explicação do comportamento em órgãos colegiados é o chamado *modelo individual*, também denominado de *modelo de atitudes pessoais* (*attitudinal model*). Os partidários dessa corrente de pensamento afirmam, em linhas gerais, que o conteúdo das decisões tomadas pelos julgadores, ainda que reunidos em grupos, decorre de forma específica do conjunto de concepções pessoais mais genéricas, das convicções mais íntimas já pré-definidas, por cada membro, a respeito dos programas de ação que a sociedade como um todo deve realizar. Em outras palavras, tal modelo concebe a atuação de juízes, diante de um caso a ser julgado, como voltada para identificar quais são as questões políticas e sócio-econômicas ali suscitadas para, a partir disso, resolvê-lo conforme seus valores e atitudes pessoais, identificando em tal cenário uma oportunidade para que os membros do colegiado possam colocar em prática suas particulares visões de mundo através do poder de seus cargos²³⁰.

²²⁹ Distinguindo em termos similares os enfoques teóricos sobre o tema, cf. COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 15 e seguintes; e CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011, p. 336 e segs. O termo *modelo*, neste ponto, é utilizado intencionalmente de forma a expressar uma representação simplificada da realidade, conforme lição de SEGAL, Jeffrey A., e SPAETH, Harold J. *The supreme court and the attitudinal model revisited*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 45.

²³⁰ A respeito do modelo de atitudes pessoais, cf. SEGAL, Jeffrey A., e SPAETH, Harold J. *The supreme court and the attitudinal model revisited*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 86-97; EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1652; SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 05 e 15; CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011, p. 357-360; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices makes*, Washington: C.Q. Press, 1998, p. xi e segs; GILLMAN, Howard, e CLAYTON, Cornell W. *Beyond judicial attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The university of Chicago Press, 1999, p. 01-03; FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 271

Os votos de juízes, assim, sempre revelariam aquilo que suas convicções mais íntimas já apontavam a respeito de grandes temas da sociedade, servindo a motivação das decisões apenas como a formalização de uma espécie de revestimento de racionalidade artificial: as manifestações de juízes liberais refletiriam essa orientação pessoal, da mesma forma que ocorreria em relação a julgadores da ala conservadora, todos tentando fazer com que suas visões particulares predominem na conclusão do julgamento²³¹. Como se vê, ao mesmo tempo em que a ciência política norte-americana faz uso da terminologia de *attitudinal model*, refletindo a preponderância das chamadas atitudes pessoais no resultado do julgamento, o mesmo fenômeno, no campo da teoria e da filosofia do direito, é captado em linhas gerais pela escola do chamado *realismo jurídico*, que angariou muitos adeptos no direito dos Estados Unidos da América principalmente após os trabalhos de Oliver Wendell Holmes Jr.²³².

Na essência, os valores afirmados pelos juízes, segundo tal modelo, são por eles auferidos da mesma forma em que é construída a identidade de cada pessoa na sociedade, através do contato familiar, da convivência em instituições escolares, pela influência da mídia e da afinidade político-partidária. Porém, e ao contrário de outros atores sociais, juízes não revelam publicamente, como regra, o conteúdo de suas convicções íntimas sobre as questões mais gerais do espectro político e sócio-econômico, porquanto considerado impróprio tal comportamento principalmente quando utilizado como premissa para prever o conteúdo de suas decisões²³³. Daí porque a base de dados para o exame da ideologia perfilhada pelo julgador muitas vezes é obtida, na doutrina, apenas de modo indireto, através da perquirição do agente político que indicou o julgador, do conteúdo de suas próprias decisões ou obras escritas anteriormente, do conjunto de textos e de críticas veiculados na imprensa ao tempo de sua nomeação para o cargo, de que constitui exemplo a pesquisa, já examinada mais acima, de

e segs.; e COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 24-25.

²³¹ Nesse sentido, é elucidativa a seguinte passagem colhida em EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices makes*, Washington: C.Q. Press, 1998, p. xii : “The attitudinal model holds that the U.S Supreme Court ‘decides disputes in light of the facts of the case vis-à-vis the ideological attitudes and values of the justices’. In other words, ‘Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall voted the way he did because he [was] extremely liberal’”, citando passagem de obra clássica sobre o tema de SEGAL, Jeffrey A., e SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model*, New York: Cambridge University Press, 1993. A mesma passagem é mencionada como paradigmática por FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 272.

²³² O paralelo é traçado por SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 617. Sobre o realismo jurídico no direito norte-americano, cf. BIX, Brian. *Jurisprudence – theory and context*, Durham: Carolina Academic Press, 2009, p. 189 e segs.

²³³ CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011, p. 358.

Cass Sunstein, que teve por base a filiação partidária do Presidente que havia nomeado os juízes federais cujas decisões foram analisadas²³⁴.

A origem de tal modo de enxergar o comportamento judicial pode ser atribuída à percepção de que, conforme variavam os juízes da Suprema Corte norte-americana, com seu perfil pessoal e suas particulares visões de mundo, variava também o conteúdo das decisões proferidas pelo Tribunal acerca de temas polêmicos, de acordo com as sucessivas composições que tomavam assento²³⁵.

Contudo, tal modelo foi objeto de severas críticas na doutrina. Assinalou-se, por exemplo, que seria demasiadamente simplista a visão de que todo e qualquer conteúdo das decisões judiciais pudesse ser reconduzido direta e invariavelmente ao conjunto de convicções políticas dos juízes. Na realidade, além de ignorar o postulado básico do Estado Democrático de Direito, que prega a submissão dos atos do poder público a parâmetros de controlabilidade fixados em textos normativos²³⁶, o modelo de atitudes pessoais resume a atuação de órgãos colegiados a uma reunião de ações individuais estanques, em uma manifestação de um verdadeiro *esforço coletivo redundante*, como estudado anteriormente no início do tópico, e não de um *esforço* verdadeiramente *colegiado*. É que a decisão colegiada seria apenas a soma das idiosincrasias pessoais preponderantes no universo dos membros do órgão julgador, sem espaço para que fatores outros pudessem influir no conteúdo da decisão a ser proferida. Ao assumir tal conclusão como verdadeira, seria preciso simplesmente desconsiderar a influência que a convivência com os demais julgadores do colegiado pode exercer sobre o resultado do julgamento, e que consiste, como visto mais acima, exatamente na principal razão a justificar a instituição de um órgão plurissubjetivo com competência para julgamento²³⁷.

Por esse motivo é que parcela da doutrina avançou para o estudo do chamado *modelo de grupo*, ou, em termos um pouco mais abrangentes, *modelo estratégico*. De forma sucinta, tal modelo não nega que os fatores pessoais dos julgadores estejam por detrás de grande parte da atuação individual que toma lugar em órgãos colegiados, dado o reconhecimento de que a pré-compreensão do intérprete muitas vezes influencia a interpretação jurídica. Contudo, o

²³⁴ SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006, p. 06, conforme nota de rodapé nº 04.

²³⁵ GILLMAN, Howard, e CLAYTON, Cornell W. *Beyond judicial attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 01.

²³⁶ Apontando também que o modelo individual peca ao desconsiderar a influência do direito positivo no comportamento dos julgadores em órgãos colegiados, cf. FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 272.

²³⁷ Nesse mesmo sentido, v. COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 25.

modelo estratégico descreve esse comportamento como algo mais complexo, que se desenrola levando em conta outros fatores que também entram em cena, tais como a perspectiva de interação com outros membros do colegiado, a previsão de resposta da população em geral face ao conteúdo da decisão a ser tomada em temas particularmente polêmicos e, ainda, o comportamento que adotarão os outros Poderes constituídos, como o Legislativo e o Executivo. Reúnem-se, assim, sob este novo modelo teórico, fatores internos e externos à mecânica da deliberação colegiada, de modo a tentar fornecer uma resposta mais abrangente sobre o modo como se desenrola o comportamento dos julgadores.

O denominador comum entre tais fatores consiste na concepção dos membros do colegiado como atores voltados para a adoção de comportamentos estratégicos, colocados em prática a partir de escolhas racionais²³⁸. O comportamento estratégico é definido principalmente em oposição ao chamado comportamento sincero: há sinceridade, sob esse ângulo, quando o comportamento dos juízes se pauta da mesma forma como eles atuariam na ausência de qualquer outra influência, revelando sua compreensão sobre o caso a ser examinado, ao passo que o comportamento estratégico envolve atuações voltadas para que o resultado da decisão colegiada – e não o conteúdo apenas de seu voto, veja-se bem – seja o *mais próximo possível* daquilo que cada membro entende como sendo a melhor solução para o caso, ainda que, para tanto, seja preciso exteriorizar uma postura divergente da que faria se agisse sozinho²³⁹. A atuação entre os juízes, assim, é pautada pela premissa de que o resultado da deliberação, invariavelmente, deve ser visualizado como fruto de um contexto de interdependência de agentes com poder decisório, tanto interna como externamente. Cada membro do colegiado reconhece que a decisão final não será um produto automático apenas de suas convicções mais íntimas, mas dependerá também do que seja afirmado pelos outros juízes do colegiado e, ainda, do comportamento assumido pelos demais poderes constituídos e da perspectiva de resposta da sociedade. Desse modo, a atuação dos julgadores passa a ser compreendida como incluindo também a consideração da possível reação de outros agentes envolvidos no processo decisório, entendido este último em termos amplos, para além apenas do órgão colegiado²⁴⁰.

²³⁸ A expressão *escolhas racionais* é aqui utilizada como referência a um paradigma particular bastante em voga nas ciências sociais norte-americanas, que pode ser sumariado pelas seguintes proposições: (i) atores sociais fazem escolhas para atingirem determinados objetivos; (ii) atores sociais agem de modo estratégico, no sentido de que suas escolhas dependem de expectativas a respeito de escolhas a serem feitas por outros atores sociais; e (iii) tais escolhas são influenciadas pela configuração institucional do contexto em que são tomadas. Sobre o tema, cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices makes*, Washington: C.Q. Press, 1998, p. xi e segs.

²³⁹ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 282.

²⁴⁰ CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011, p. 360-1.

Na perspectiva interna, o modelo estratégico afirma que os membros do colegiado atuam de modo a influenciar o comportamento de seus pares. Em outras palavras, tal modelo assume a premissa de que a posição de cada membro, no julgamento, é dotada de *uma certa fluidez*, que torna-a passível de variação de acordo com a interação com os demais julgadores. É assim que, no curso do julgamento, desde o primeiro contato com a causa até o momento em que é proclamado o resultado, as discussões e a troca de impressões entre os juízes levam a que eles tentem atrair a adesão de seus pares para a tese que pretendam sustentar, a fim de que, tanto quanto possível, estejam no grupo vencedor. E é nesse ponto que diversas características subjetivas se revelam como fortes componentes da dinâmica do colegiado, como a reputação e a personalidade de seus membros, além de fatores como a barganha de posições entre os julgadores, fortemente influenciada pelo regime de elaboração do acórdão²⁴¹.

Já na perspectiva externa, e de menor relevância para este trabalho, o agir estrategicamente orientado dos julgadores tem em mira objetivos como a preservação ou a expansão do poder da Corte, levando em consideração uma espécie de previsão informal do modo como regiarão os demais Poderes constituídos: na doutrina, aponta-se como exemplo decisão a respeito do dever constitucional de que os entes públicos paguem seus precatórios, hipótese na qual o risco de desmoralização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos limites materiais das finanças públicas, fez com que fosse adotada linha jurisprudencial mais permissiva, afastando a intervenção federal quando ausente o descumprimento doloso²⁴². Ainda na perspectiva externa, também a opinião pública atua como fator a influenciar o comportamento dos membros do colegiado, e de dois modos: por um lado, na própria tomada de decisão essa influência pode ser medida segundo o regime de publicidade na deliberação, aferindo a maneira como a exposição aberta dos debates molda a postura dos membros do colegiado; de outro lado, também o conteúdo das decisões sofre a influência do sentimento social prevalecente em um dado momento histórico, porquanto considerada a aceitabilidade de determinada tese conforme os costumes e a progressiva evolução da moralidade política, mormente no terreno do direito constitucional, em que um

²⁴¹ O regime de elaboração do acórdão, no direito brasileiro, será examinado no Capítulo seguinte, principalmente à luz de modelos alternativos em vigor no direito comparado.

²⁴² Neste sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporânea*, p. 39 (disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf; acesso em 18.jun.2011). De modo similar, v. BAUM, Lawrence. *American courts – process and policy*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2008, p. 276: “Judges might modify their positions in cases in order to reduce the chances that their decisions will be overturned by the other branches. More important, they want to avoid attacks on their court as an institution, and this is an era in which policymakers at both the federal and state levels frequently threaten attacks”.

constante confronto entre a Corte e o povo pode levar a uma crise de legitimidade institucional do Poder Judiciário²⁴³.

É principalmente na perspectiva interna de atuação estratégica dos julgadores que, como se verá a seguir, a disciplina legal do procedimento recursal repercute mais de perto na mecânica da deliberação colegiada. De um lado, portanto, o modelo estratégico avança para além do terreno em que o modelo individual havia se contido, tentando explicitar fatores que não se reduzem às pré-compreensões mais íntimas de cada membro do colegiado. Mas a verdade é que mesmo tal modelo se mostra parcialmente lacunoso, pois a deliberação colegiada não pode ser tida, em sua complexidade, como apenas o resultado da atuação estrategicamente orientada dos julgadores. Ao contrário, há ainda fatores de ordem formal e informal que atuam sobre o comportamento dos atores na deliberação colegiada, em um viés mais objetivo, de que são exemplos a burocratização do Poder Judiciário, com as estruturas internas de gabinetes em que se situam os juízes, o número de membros que compõem o colegiado, o local da deliberação, o cerimonial que preside a sessão de julgamento, dentre outros²⁴⁴.

É nesse cenário que surge o *modelo institucional*, pretendendo responder à crítica fundada no reducionismo praticado pelos modelos individual e estratégico, cujas análises ainda se centram exclusivamente nos sujeitos que atuam na deliberação colegiada, seja pelos seus perfis valorativos, seja pelas escolhas racionais que eles são capazes de fazer²⁴⁵. O modelo institucional tem por meta explicitar o modo como determinadas configurações dos Tribunais reduzem e/ou condicionam a atuação dos juízes que o compõem, destacando o contexto particular em que eles se inserem. Assim, a deliberação colegiada é entendida como um ato cercado por variantes advindas dos canais particulares de comunicação existente entre os membros do órgão, das rotinas adotadas costumeiramente, do vocabulário utilizado e de outros fatores organizacionais que caracterizam a atuação dos Tribunais. Nisto se insere, por exemplo, a sensível relação entre os juízes e os servidores que atuam nos gabinetes, pois é inquestionável que o comportamento exposto em sessão revela, em grande medida, uma

²⁴³ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 323-4, valendo destacar que é tênue o limite entre a natureza essencialmente contramajoritária das Cortes Constitucionais e o cenário de crise de legitimidade que pode assolar os tribunais, de que foi exemplo a *Era Lochner* na Suprema Corte norteamericana.

²⁴⁴ COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 26 e segs.

²⁴⁵ Nesse sentido, ao comentar a posição denominada institucionalista de Howard Gillman, cf. SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 617. A crítica consta de GILLMAN, Howard, e CLAYTON, Cornell W. *Beyond judicial attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The university of Chicago Press, 1999, p. 03.

preparação prévia através do estudo do caso em julgamento, muitas vezes sob o auxílio de assessores²⁴⁶.

Em suma, cada um dos três modelos teóricos auxilia a tornar mais compreensível o modo como se comportam os julgadores em órgãos colegiados. Em tese, seria possível inclusive especular qual desses modelos apresenta a explicação mais fidedigna da mecânica da colegialidade, comparando as respectivas propostas com informações empíricas colhidas a respeito do Judiciário brasileiro. Porém, a tendência mais atual, ao menos na doutrina norteamericana, consiste em combinar as virtudes de cada um dos três modelos apresentados, que assim são capazes de fornecer uma explicação mais abrangente de todos os fatores que influem no julgamento colegiado, em intensidade maior do que seria obtido caso adotado exclusivamente um²⁴⁷. É com base nessa premissa que a seguir serão expostos brevemente alguns fatores que influem na mecânica da deliberação colegiada, perceptíveis seja pelo enfoque individual, estratégico ou institucional, embora mais à frente no texto, no Capítulo 3, seja retomado o tema conforme se mostre pertinente de acordo com a sucessão de etapas do procedimento recursal ordinário²⁴⁸.

Em primeiro lugar, traço essencial da deliberação colegiada reside na *barganha* entre seus membros. Este fenômeno se desenvolve no direito norteamericano, como regra, após a realização da sessão pública de audiência das partes, e mesmo após a *conference* em que a matéria é discutida pelos julgadores. Com efeito, após esse momento o redator do acórdão²⁴⁹ circula entre os demais julgadores a minuta do texto da decisão, a fim de que cada membro tenha a oportunidade de singelamente aderir a ela, com isso reforçando seu poder persuasivo, ou, o que também é muito comum, que este ato de adesão seja precedido da troca de memorandos entre os julgadores. Por esta via, aquele que recebe a minuta para análise pode sinalizar ao redator eventuais discordâncias pontuais quanto à fundamentação. Por exemplo, é possível que o redator tenha interpretado de modo muito abrangente, em um determinado caso, o direito fundamental à intimidade, fazendo afirmações que comprometeriam desde logo

²⁴⁶ COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002, p. 28, aludindo ao exame da questão referente à atuação dos chamados “*law clerks*” no Judiciário norteamericano.

²⁴⁷ CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011, p. 367.

²⁴⁸ No direito brasileiro, a exposição dos fatores que influenciam o julgamento colegiado foi realizada siminalmente por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 79-89, em texto publicado também na Revista de processo, v. 19, n. 75, p. 7-25, jul./set. 1994.

²⁴⁹ A designação do redator para o acórdão, no direito norteamericano, será objeto de análise no Capítulo seguinte, quando examinado o regime de elaboração do acórdão.

a orientação do Tribunal em conflitos futuros. Pretendendo evitar que isso ocorra, e centrando a fundamentação naquilo em que estritamente necessário a justificar a conclusão, é freqüente que os demais membros dirijam ao redator memorandos com a intenção de aderir ao seu voto, desde que acolhidas algumas ressalvas e modificada em parte a fundamentação. Assim se desenrola um caso típico de barganha na deliberação, que, segundo pesquisa acadêmica realizada com dados da década de oitenta, tem lugar em mais da metade dos casos julgados pela Suprema Corte daquele país²⁵⁰, e que também ocorre nos julgamentos das Cortes de Apelação do Judiciário federal²⁵¹.

A motivação para tal fenômeno reside no requisito formal da adesão da maioria dos votantes para que um determinado texto assuma a posição de “*opinião da Corte*”. Assim, e tomando-se como exemplo a Suprema Corte, é necessário que ao menos cinco membros adiram ao voto circulado por um dos julgadores. Do contrário, caso ausente tal adesão quanto à fundamentação, o resultado do julgamento ainda permanecerá válido segundo a conclusão da maioria, mas a fundamentação perderá o valor de tese a ser seguida no regime de *stare decisis*. É com a finalidade, portanto, de obter as adesões necessárias para que determinado voto exerça a função de *opinion of the Court* que ocorre o fenômeno da barganha²⁵².

Os compromissos gerados através da barganha e da negociação, no sentido acima aludido, são de diversas ordens. Há, de forma imediata, o compromisso com relação ao caso a ser decidido, pois é da troca de opiniões acerca da melhor fundamentação para a decisão que resultará, ao final, o texto definitivo aprovado pela maioria. Mas também há compromissos que daí surgem para casos futuros, de teor mais informal, através dos quais os membros do colegiado adotam posição favorável à opinião de um colega na perspectiva explícita de que esse mesmo colega venha a aderir ao voto a ser proferido no futuro²⁵³.

No direito brasileiro, afirma-se que a barganha entre os julgadores ocorre através da circulação prévia em rede de computadores do relatório e do voto do relator, oportunidade em que os membros do colegiado encontram um denominador comum, fora dos holofotes da sessão de julgamento, quanto ao teor da decisão a ser proferida²⁵⁴. O ponto será retomado no Capítulo 3, no item dedicado ao exame da deliberação colegiada.

²⁵⁰ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices makes*, Washington: C.Q. Press, 1998, p. 76.

²⁵¹ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, In: Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1417.

²⁵² MALTZMAN, Forrest, SPRIGGS II, James F., e WAHLBECK, Paul J. *Strategy and judicial choice: new institutional approaches to Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutional approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 54.

²⁵³ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, In: Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1417.

²⁵⁴ Afirma-o expressamente ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 309, ao aludir que, através da circulação prévia do voto do relator por meio eletrônico, “o desfecho do julgamento nenhuma surpresa

Relacionando-se ainda com a barganha, há forma menos virtuosa de interação consistente na *ameaça* de utilização dos meios de comunicação com a finalidade de divulgar as ideias que não se sagraram vencedoras no colegiado. Com efeito, e principalmente quando em jogo casos de repercussão nacional, é possível que um dos membros do colegiado, diante da perspectiva de que sua tese não se sagra vencedora, assuma a postura de utilizar a imprensa para tentar manchar, com discursos eloqüentes, a higidez institucional do Tribunal, expondo críticas que melhor seriam veiculadas no debate colegiado. Essa postura, que excede os limites do tolerável no contexto dos fatores da deliberação, pode acarretar alteração no comportamento dos demais membros do colegiado, que, sabendo da postura rotineiramente adotada pelo membro dissidente, podem tentar adaptar o voto da maioria a fim de acolher ainda que em parte a posição do julgador divergente²⁵⁵.

Influenciam também na atividade decisória as relações pessoais travadas entre os membros julgadores. Com efeito, é natural que o contato decorrente de uma relação continuada no colegiado faça surgir laços de amizade – ou de inimizade – entre os componentes do órgão. Por conta disso, há quem aponte críticas à independência dos juízes em órgãos colegiados sob o argumento de que os sentimentos pessoais recíprocos são capazes de induzir ou inibir determinados comportamentos: não é improvável, por exemplo, que uma relação de amizade possa ser abalada por uma divergência manifestada com traços fortes, principalmente em casos de grande repercussão, gerando um certo receio antes da tomada de posição por abrir a dissidência. De outro lado, também inimizades duradouras podem ensejar divergências por puro voluntarismo, a fim expor ao constrangimento o membro que inicialmente votara. A relação tortuosa entre os julgadores podem evoluir para cenários bem mais impactantes, que não se restringem apenas à linguagem acalorada ou incisiva, mas até mesmo com troca de ameaças verbais e de ofensas²⁵⁶. Como em toda relação humana, tais

reserva para seus participantes, e, não raro, permutam-se opiniões e transigem os julgadores, quanto à questão de fundo ou a aspectos secundários (v.g., o montante dos honorários fixados no voto do relator; a taxa de juros), antes do início da sessão”.

²⁵⁵ GILMMAN, Howard. *The Court as an idea, not a building (or a game): interpretative institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 76.

²⁵⁶ Ninguém ignora, por exemplo, o incidente que ocorreu, no plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil, entre os Min. Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, amplamente noticiado na imprensa nacional (disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/04/22/em-discussao-no-stf-joaquim-barbosa-acusa-gilmar-mendes-de-destruir-credibilidade-da-justica-755380337.asp>; acesso 19.jun.2011). Mas a verdade é que tal fenômeno não é privilégio brasileiro. Com efeito, narra Lawrence Baum que algo similar ocorreu nos Estados Unidos da América, quando cinco membros da Suprema Corte do Estado do Mississippi tentaram afastar de suas funções, junto à *Comission of Justice Performance*, o também *Justice* Chuck McRae, oportunidade em que dois dos juízes trocaram ameaças de agressões físicas (BAUM, Lawrence. *American courts – process and policy*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2008, p. 274).

fatores, apesar de não coadunados com o perfil ideal da atividade judicante, não podem ser afastados *a priori*²⁵⁷.

Deve ser mencionado, ainda, o fator da reputação como um componente da complexa química que preside o julgamento colegiado. Por certo, o termo reputação é de difícil conceituação no campo judicial. É possível, por exemplo, que a reputação seja aferida levando em conta o modo como cada membro do colegiado é visto por seus pares. Assim, caso haja um julgador com formação voltada para a área processual, ou para a área civilística, a opinião por ele manifestada a respeito desses temas terá *a priori* uma força persuasiva maior, sobre os demais membros, do que a que tenha manifestado outro julgador, o que não impede, evidentemente, que o robustecimento do debate judicial ponha à prova os erros e acertos cometidos por cada qual na construção do raciocínio decisório. Em todo caso, porém, a verdade é que não há como negar a possibilidade de que ocorra, na composição do colegiado, com reflexos na deliberação, uma certa ascendência pessoal conforme a reputação e o renome dos componentes do corpo julgador²⁵⁸.

A reputação, de outro lado, também influencia a decisão colegiada como um fator externo. É que o modo como a decisão é proferida em casos emblemáticos, cercados pela atenção da mídia e da comunidade acadêmica, reflete com particular intensidade na reputação dos julgadores em revistas jurídicas especializadas impressas ou virtuais, que representam o meio mais ágil de divulgação do conhecimento jurídico na atualidade. Daí decorre ser possível que a atividade decisória seja informalmente inclinada a amoldar-se ao pensamento predominante em um determinado ramo do direito sob o receio de que, atuando de modo diverso, surjam como consequências críticas acadêmicas ao conteúdo da manifestação proferida, ou, em medida similar, sob o receio também de que a decisão seja simplesmente ignorada, sem despertar maiores interesses²⁵⁹.

Não se pode afirmar de modo absoluto que tais influências sejam essencialmente nefastas. Muito pelo contrário, é papel da academia jurídica formular parâmetros voltados para a condução da atividade decisória de modo mais seguro e controlável. No entanto, o ponto serve apenas para assinalar como a preocupação com a reputação, ou a influência que

²⁵⁷ Entre os dois extremos reside a busca pela “*sinergia de mantenimiento*” inerente aos órgãos colegiados, conforme expõe ZALETA, Jaime Manuel Marroquín. *El debate en los tribunales colegiados de circuito – teoría de la deliberación jurisdiccional*, México: Conselho de la Judicatura Federal, 2004, p. 15 e segs.

²⁵⁸ No direito norteamericano, é apontado como exemplo de tal fenômeno os votos proferidos por Richard Posner na Corte de Apelação no Sétimo Circuito situado em Chicago, renomado professor da área de teoria do direito, cf. BAUM, Lawrence. *American courts – process and policy*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2008, p. 275.

²⁵⁹ SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 627-630; e EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1649.

advém dela, funcionam como um fator relevante na atividade decisória em órgãos colegiados, mormente quando realizada em sessão pública e, além disso, quando o modelo processual em vigor permite a publicação de votos em separado, em sentido concorrente ou divergente da maioria.

A atuação em órgão colegiados intermediários na estrutura judiciária também revela outro aspecto importante. De fato, não é possível afastar de forma absoluta, apesar da independência de que se revestem os juízes, a perspectiva de ascensão e de promoção da carreira como um componente da formação da convicção dos julgadores. Por exemplo, a intenção de galgar uma cadeira nos Tribunais Superiores pode servir de motivo para que determinado membro julgador assumira postura mais deferente à jurisprudência por eles definida, sem esboçar dissidências. Essa mesma tendência serviria de motivo, em tese, para que o julgador, mesmo quando a conclusão da maioria já se mostrasse em harmonia com a jurisprudência predominante, tentasse revelar por escrito, em voto apartado, a intenção expressa de aderir à posição dos Tribunais Superiores, elaborando voto escrito em hipóteses em que tal atitude já fosse de todo desnecessária²⁶⁰.

De forma mais abrangente, também a *burocratização* do Poder Judiciário no decorrer do século XX, caracterizada pelo crescimento expressivo do número de atores, pelo aprimoramento da divisão de funções e de responsabilidades entre cada um desses agentes e, ainda, pelo valor da hierarquia como norte para a coordenação das atividades²⁶¹, também repercute sobre a mecânica da colegialidade. É que a atividade jurisdicional deixou de ser concebida, do ponto de vista prático, como fruto apenas da *pessoa do magistrado*, seja atuando em órgãos colegiados ou mesmo individualmente. Na realidade, em ambos os casos há, sob a coordenação do juiz, toda uma estrutura hierárquica interna aos gabinetes, composta por assessores – no direito norteamericano, “*law clerks*” – que o auxiliam na atividade-fim de julgar, e com isso avançando para um campo que nenhum outro auxiliar tradicional do juízo, como os peritos, os oficiais de justiça e o escrivão, tinha recebido a chancela para ir. Assim, e mesmo que a lei processual ainda hoje peque por se omitir na disciplina de tal figura, é inegável que o processo decisório nos Tribunais sofre a influência da atuação informal dos assessores, elaborando memorandos sobre casos pendentes de apreciação, participando de discussões internas nos gabinetes e redigindo minuta de atos decisórios²⁶². Grande parte da

²⁶⁰ SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 631-3.

²⁶¹ Apontando essas três características da burocratização em organizações complexas, cf. FISS, Owen M. *The bureaucratization of the Judiciary*, The Yale Law Journal, vol. 92, 1983, p. 1444.

²⁶² FISS, Owen M. *The bureaucratization of the Judiciary*, The Yale Law Journal, vol. 92, 1983, p. 1446.

interação que ocorre nos órgãos colegiados, portanto, serve-se de material elaborado internamente nos gabinetes, em um complexo processo de cooperação entre mais de um agente, e que não pode ser ignorado na análise da real mecânica dos Tribunais²⁶³.

De outro lado, e como mencionado, o fenômeno da burocratização do Judiciário traz à tona progressivas tentativas de ampliação do número de julgadores. Por decorrência disto, mesmo em outros países também tem sido levantada a alternativa legislativa para que seja ampliada a composição numérica dos órgãos colegiados²⁶⁴. Com o acréscimo de membros, porém, aponta-se o risco de diluição da colegialidade, na medida em que o contato necessário para a criação de um cenário de diálogo e interação, com a influência que cada membro exerce sobre o outro, perde-se progressivamente conforme quão maior for a composição do Tribunal, dado o distanciamento que passa a vigorar²⁶⁵.

Por fim, também o cerimonial da sessão de julgamento exerce um papel relevante na deliberação. Como leciona um grande estudioso do processo, o cerimonial judicial constitui, do ponto de vista antropológico, um “comportamento simbólico que é socialmente estandarizado e repetitivo”²⁶⁶. No núcleo do conceito, que extravasa o âmbito apenas do processo judicial para tocar em outras instituições políticas, reside o *especial significado simbólico* de determinadas condutas, que diferencia, assim, o cerimonial de meros hábitos ou costumes, em que tal aspecto não se faz presente. Sob este ângulo, podem ser identificadas diversas práticas distintivas no julgamento colegiado nos Tribunais, tais como (i) os elementos arquitetônicos do edifício em que sediado o tribunal; (ii) elementos decorativos da sala de sessões; (iii) o vestuário próprio dos membros julgadores e dos advogados quando presentes; e (iv) a linguagem formal através da qual se realiza a comunicação²⁶⁷.

²⁶³ A literatura sobre o papel dos *law clerks* no direito norteamericano é ampla, com destaque para a atuação desses agentes na Suprema Corte. Conferir, exemplificativamente, as obras de PEPPERS, Todd C. *Courtiers of the marble palace – the rise and influence of the Supreme Court law clerks*, Stanford: Stanford University Press, 2006; WARD, Artemis, e WEIDEN, David L. *Sorcerers’s apprentices – 100 years of law clerks at the United States Supreme Court*, New York: New York University Press, 2006; e LAZARUS, Edward. *Closed chambers: the first eyewitness account of the epic struggles inside the Supreme Court*, New York: Random House, 1998.

²⁶⁴ EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1674-5.

²⁶⁵ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, In: Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1403-4, sugerindo que, conforme recomendação da Conferência Judicial dos Estados Unidos, o tamanho ideal de uma Corte de Apelação seria de nove membros.

²⁶⁶ CHASE, Oscar G. *Compreendendo o cerimonial judicial em uma perspectiva comparatista*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 81, 2009, p. 92.

²⁶⁷ CHASE, Oscar G. *Compreendendo o cerimonial judicial em uma perspectiva comparatista*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 81, 2009, p. 92-3, sendo que, às p. 97, indica o autor os seguintes itens como reveladores de práticas cerimoniais, em rol mais abrangente: “1. Roupas especiais dos juízes (e.g., uma toga); 2. Perucas; 3. Artigos especiais adicionais de vestimenta dos juízes; 4. Juiz sentado em uma banca ou outro assento especial; 5. Bandeira nacional exposta na sala de sessões; 6. Nome do Tribunal exposto na parede da sala de sessões; 7. Símbolos ou ilustrações da ‘Justiça’ nas paredes das salas de sessões; (sic) 10. Formas especiais de se dirigir ao juiz; 11. Elementos arquitetônicos especiais no edifício do tribunal”.

A localização da sede do Tribunal repercute diretamente na deliberação colegiada. Como ressalta Barbosa Moreira, a reflexão demandada pela deliberação exige cenário com uma nota mínima de tranqüilidade social, pois o barulho oriundo de manifestações populares, se por um lado é inevitável no contexto dos Estados Democráticos, revela-se capaz, por outro lado, de mitigar a atenção que os julgadores dedicam às razões orais das partes ou mesmo aos votos dos demais membros²⁶⁸. É sinal claro dessa tendência de resguardar a serenidade na atuação dos julgadores a transferência do Supremo Tribunal Federal para a Praça dos Três Poderes de Brasília, marcada não só pelo distanciamento e pela dificuldade de acesso dos movimentos populares advindos do resto do país, mas também pela largura das vias públicas, fragilizando o efeito simbólico das manifestações que lá conseguem se reunir. Como se vê, a localização da sede do Tribunal é também um fator intrinsecamente vinculado à publicidade dos julgamentos, com relação não às partes, mas ao restante da sociedade, o que será examinado no Capítulo seguinte.

Por sua vez, o tamanho do recinto em que ocorre a deliberação, conforme mais ou menos espaço seja disponível, também influencia a interação entre os julgadores. A proximidade entre os membros votantes torna possível a conversa paralela, a troca de impressões sem que a seu respeito tenham acesso também os demais membros. Hoje, porém, o avanço dos meios tecnológicos tornou possível essa espécie de conversa “particular” através da utilização do computador, ainda que entre julgadores cujos assentos não sejam adjacentes. Além disso, a fixação de lugares muito próximos permite o exercício de pressões entre os membros do órgão, e isso paralelamente à deliberação pública, no que se inclui, eventualmente, a barganha, como já analisado acima. No extremo oposto, um excesso de distanciamento pode mitigar a atenção dos juízes quanto ao teor da sustentação oral ou dos demais votos, induzindo a que os demais membros, após a manifestação do relator, apenas o acompanhem sem a devida reflexão²⁶⁹. Influência similar é exercida pela decoração da sala de sessão, em especial pelos assentos utilizados pelos julgadores²⁷⁰.

²⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 80, que ressalta, porém, que não se pode chegar ao extremo oposto de inserir o Tribunal em uma espécie de “torre de marfim”, distanciando-o excessivamente do mundo exterior.

²⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 80, assinalando que “disso podem resultar votos pouco conscientes, emitidos sem grande convicção, quando não lançados pura e simplesmente na esteira de algum outro anterior, sobretudo na do relator do processo, que se verá passivamente ‘acompanhado’ por uma série de pronunciamentos sem luz própria”.

²⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 81: “Merecem referência especial os assentos destinados aos juízes. Cadeiras desconfortáveis não os encorajam a permanecer na mesma posição, ou sequer sentados, por tempo longo; tendem a provocar deslocamentos e, com eles, distração. Por outro lado, cadeiras muito confortáveis talvez funcionem como

2.2. O problema da fonte no procedimento recursal

Definidas as duas modalidades de procedimento nos recursos e abordadas as razões que justificam teleologicamente a colegialidade, cabe agora analisar quais as espécies normativas que podem validamente influir no procedimento recursal. Com efeito, é premissa necessária para que se estude um determinado objeto, no campo do direito, o conhecimento de quais as fontes que são capazes de fixar as balizas para a sua disciplina jurídica. Assim, para que, no Capítulo seguinte, possam ser analisadas as diversas etapas que constituem o procedimento dos recursos, é preciso que antes estejam assentadas as respostas quanto a quais espécies normativas podem criar tais etapas ou estabelecer os requisitos formais para cada ato a ser praticado. Neste mesmo tópico, na sequência, será examinado também o perfil das normas do CPC que tratam do tema, com destaque para os dispositivos legais que fazem remissão à competência normativa do regimento interno dos Tribunais.

2.2.1. As espécies normativas

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da competência legislativa para a edição de normas a respeito do direito processual civil, criou um sistema bastante peculiar. Nele convivem diversas espécies normativas, dotadas de distintos graus de hierarquia e editadas por entes federativos diversos – lei federal ordinária (CF, art. 22, inc. I, e 24, inc. XI), lei federal complementar (CF, art. 93, *caput*), Constituição Estadual (CF, art. 125, § 1º), lei estadual (CF, art. 24, inc. XI), lei estadual de Organização Judiciária (CF, art. 125, § 1º, parte final), Regimento Interno dos Tribunais (CF, art. 96, inc. I, ‘a’) e atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B). E a dificuldade nesse tema reside no fato de não ser lícito ao intérprete, à luz da Constituição Federal, pré-fixar um critério abstrato de prevalência invariável das leis federais sobre as demais, importando técnica que apenas se

chamariz para sonolência e aumentam o perigo de ver-se este ou aquele juiz apanhado no melhor de um cochilo, ao chegar sua vez de votar... Pode até acontecer que saia correto o voto; mas convenhamos, seria arriscado contar com a probabilidade da coincidência!”.

adaptaria ao direito positivo de outros Estados soberanos; é preciso, ao contrário, definir o âmbito próprio de cada uma dessas espécies normativas à luz das regras constitucionais que as prevêm, porquanto, como observou Frederico Marques, “na esfera de atribuições dos Estados, a incidência de lei da União seria tão ilegítima e inconstitucional quanto a incidência de lei estadual no âmbito da legislação federal”²⁷¹.

Assim, para definir quais, dentre tantas, são as fontes que podem incidir na prática dos atos pertinentes ao procedimento recursal, é preciso desde logo fixar algumas balizas. Nada impede, evidentemente, que a própria Constituição Federal estabeleça de imediato regras particulares sobre o procedimento nos recursos. É o que foi feito, por exemplo, pelo art. 97 do texto constitucional, que prevê a denominada cláusula de reserva de plenário como condição de validade para que os Tribunais declarem a inconstitucionalidade das leis, em regra que consubstancia exigência formal específica a respeito do quórum de votação do colegiado²⁷². Mas é no campo dos atos infraconstitucionais, a rigor, que a matéria assume contornos mais sensíveis.

Afasta-se peremptoriamente, em primeiro lugar, a competência do Conselho Nacional de Justiça para dispor sobre o tema. Com efeito, a redação do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal restringe a atuação normativa do CNJ aos atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário, cabendo-lhe também a fiscalização disciplinar dos deveres inerentes ao Estatuto da Magistratura²⁷³. Justamente por conta de tal limitação é que foi afirmada, pelo Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade, à luz do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), da criação do Conselho Nacional de Justiça por Emenda Constitucional, sem que restasse aberta, assim, a via para a interferência direta na atividade fim do Poder Judiciário²⁷⁴.

²⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Organização judiciária e processo*, Revista de direito processual civil, ano I, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, p. 19.

²⁷² CF, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁷³ CF, art. 103-B. (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...).

²⁷⁴ “EMENTAS: 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso.

De outro lado, a Constituição afirma caber à lei complementar a disciplina do Estatuto da Magistratura (CF, art. 93, *caput*)²⁷⁵, matéria hoje tratada pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN – LC nº 35/79), recepcionada pela Carta de 88. Mas dela também deve se ter por afastado o tema do procedimento dos recursos, porquanto em nada equiparável às matérias afetas aos deveres funcionais dos juízes. Mesmo que no texto da referida lei pudessem ser encontradas, por hipótese, disposições acerca do procedimento recursal, como as que disciplinavam o Tribunal Federal de Recursos no que dizia respeito ao número de julgadores dos órgãos colegiados (art. 89, § 6º), à dispensa do revisor (art. 90, §1º) e ao julgamento monocrático dos recursos (art. 90, § 2º), a verdade, contudo, é que tais normas não ostentavam a natureza de lei complementar, sendo, ao contrário, materialmente ordinárias, já que o âmbito passível de tratamento por aquela peculiar espécie normativa é apenas o que lhe restou expressamente delimitado pela Constituição Federal, conforme reconhece a Corte Suprema²⁷⁶.

Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, *caput*, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional" (ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029).

²⁷⁵ CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...).

²⁷⁶ "Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o MPU, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar é reclamada, no que concerne ao *Parquet*, tão somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, § 5º)" (STF, ADI 789, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-5-1994, Plenário, DJ de 19-12-1994).

A partir desse ponto, porém, o caminho rumo à clareza começa a ser feito a passos mais vagarosos. Em primeiro lugar, a competência do Tribunal de Justiça estadual é definida, como prega a Constituição Federal em seu art. 125, § 1º²⁷⁷, pela Constituição Estadual, papel exercido pelo art. 161 da Carta do Estado do Rio de Janeiro, já objeto de menção pontual no Capítulo anterior²⁷⁸. Mas é importante ressaltar que tal previsão tem em vista,

²⁷⁷ CF, Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

²⁷⁸ Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a fixação da competência do Tribunal de Justiça tem de ser feita de modo exaustivo, sem margem para que à legislação ordinária estadual seja garantida a possibilidade de ampliá-la, ainda que atuando sob comando expresso da Carta Estadual, *verbis*: “Compete à Constituição do Estado definir as atribuições do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição da República. Essa competência não pode ser transferida ao legislador infraconstitucional. Ação julgada procedente para excluir da norma do art. 108, VII, *b*, da Constituição do Ceará a expressão ‘e de quaisquer outras autoridades a estas equiparadas na forma da lei’” (ADI 3.140, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-5-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007). Outra controvérsia relevante diz respeito à possibilidade de instituição de reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça, em decorrência de previsão contida na Constituição Estadual. Embora antes da CF/88 a jurisprudência do STF fosse no sentido de reputar tal mecanismo inconstitucional, por violar a competência da União para legislar sobre processo, a partir do julgamento da ADIn nº 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, passou a vigorar orientação oposta, assinalando que a reclamação decorre de poder implícito de todo Tribunal de assegurar o cumprimento de suas próprias decisões, como decorrência da efetividade do processo, situando-se no âmbito do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), *verbis*: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente” (ADI 2212, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02403). Por certo, tal orientação é criticável do ponto de vista conceitual, pois o direito de petição, quando exercido diante de um órgão judicial veiculando uma pretensão de direito material, consubstancia o direito de ação, que é justamente disciplinado pelo direito processual; em última análise, assim, toda e qualquer demanda se situaria no âmbito do direito de petição, que é gênero do qual a ação é espécie, permitindo que fosse burlada a competência legislativa privativa da União para legislar sobre processo. E, além disso, tal fundamento não é suficiente a respaldar o instituto da reclamação no que voltado à preservação da competência dos Tribunais, no qual o vínculo com o princípio da efetividade do processo é por demais frágil. De qualquer modo, em julgado posterior, o STF reiterou a necessidade de que haja previsão na Constituição Estadual (CF, art. 125, §1º), ainda que indireta, para a validade da reclamação nos Tribunais de Justiça, como revela o seguinte precedente: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, caput e § 1º e 22, I, da Constituição Federal. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2.10.03, Ellen, DJ 14.11.2003), alterou o entendimento - firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) - do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, caput e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. 2. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal - ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f). 3. Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual - na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos - possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal. 4. Ação direta julgada improcedente”

preponderantemente, a fixação das hipóteses de competência originária dos Tribunais Estaduais, porquanto não seria crível que, pela regra do art. 125, § 1º, do texto constitucional, tivesse o constituinte originário vislumbrado a possibilidade de relegar ao alcance das Constituições estaduais o poder de simplesmente suprimir a efetividade da instituição de recursos pelas leis federais de cunho processual: bastaria, assim, à Constituição Estadual omitir-se acerca da competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de apelações para que, com isso, fossem derogadas, no âmbito estadual, as normas previstas nos arts. 513 a 521 do Código de Processo Civil. Parece claro, portanto, que o art. 125, § 1º, da Constituição Federal não pode ser interpretado de tal forma, resguardando-se sempre, pelo contrário, aquele feixe de competências recursais – e mesmo originárias, como é o caso do julgamento de ações rescisórias – que sejam imprescindíveis para assegurar a eficácia das normas processuais previstas na legislação federal²⁷⁹.

O tema da competência guarda conexão com o da definição do âmbito das leis estaduais de organização judiciária, cuja iniciativa é reservada, pelo mesmo art. 125, § 1º, parte final, da Constituição Federal, ao Tribunal de Justiça estadual²⁸⁰. Sob a égide da Constituição de 1946, cabia às leis de organização judiciária a disciplina de um extenso leque de matérias, que se iniciava na divisão territorial do Estado para fins de organização dos serviços judiciários e avançava até abarcar a disciplina do ingresso dos membros da

(ADI 2480, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02280-01 PP-00165). No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, não há previsão expressa, na Constituição Estadual, de competência para que o Tribunal julgue reclamações para assegurar a autoridade de suas decisões ou repelir a usurpação de sua competência, embora tal instituto esteja previsto nos arts. 219 e seguintes do CODJERJ e no art. 6º, I, 'e', do RITJRJ. Apesar de não dizer respeito ao tema ora analisado, o instituto da reclamação também foi objeto de interessante julgamento da Corte Suprema, que, ao ser provocada a se manifestar sobre a ausência de um órgão nacional de uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis estaduais até a entrada em vigor da Lei nº 12.153/09, remodelou o perfil constitucional da reclamação para afirmar a possibilidade de que seja manejada, junto ao Superior Tribunal de Justiça, para preservar a jurisprudência deste Tribunal quanto ao direito infraconstitucional, apesar de não caber, sequer, a interposição de recurso especial contra acórdãos daquela justiça especializada. A orientação, decorrente do julgamento do RE 571572 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, j. em 26/08/2009, deu ensejo à edição da Resolução nº 12/2008 do Superior Tribunal de Justiça, disciplinando o julgamento da reclamação.

²⁷⁹ Como leciona Luís Roberto Barroso, “os entes locais, no exercício de suas próprias competências, não podem restringir ou inviabilizar o exercício de competências de caráter nacional atribuídas à União” (BARROSO, Luís Roberto. *Transporte ferroviário, federação e competências em matéria ambiental*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 425). Em sentido similar, ao tratar da relação entre lei processual federal e lei de organização judiciária sob a ordem constitucional vigente à época, cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 82: “Há ainda a questão dos poderes implícitos da União, com que se dá ‘*pleine valeur à la disposition constitutionnelle qui prévoit la compétence du Congrès*’, isto é, do legislativo federal. No federalismo americano o *implied power* tem sido permitido pela Corte Suprema com ‘*very great latitude*’, pois que esta, na dúvida, propende sempre pela União, inclinando-se ‘*to favor the extension of national power at the expense of the states*’. Em matéria de organização judiciária, pode ocorrer muitas vezes que a lei de processo promulgada pela União traga restrições ao legislador estadual: neste caso, os Estados cederão ante a lei federal por tratar-se de matéria implícita na competência legislativa decorrente do artigo 5º, nº XV, letra ‘a’, da Constituição Federal”.

²⁸⁰ A reserva de iniciativa, neste tema, já conduziu a que o Supremo Tribunal Federal proclamasse a inconstitucionalidade formal de lei que a desrespeitara, conforme o seguinte precedente: “Lei de Organização Judiciária do Estado. Inobservância da iniciativa legislativa do Tribunal de Justiça: CF, art. 96, II, d. Supressão do processo legislativo: inconstitucionalidade.” (STF, ADI 3.131, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-5-2004, Plenário, DJ de 18-6-2004).

magistratura²⁸¹. Após a sucessão de textos constitucionais que se seguiram²⁸², com a Constituição atual, porém, seu campo de atuação é mais restrito, na medida em que tem de ser conciliado com os domínios do Estatuto da Magistratura, da Constituição Estadual e do Regimento Interno dos Tribunais.

Mas tampouco agora cabe falar em interferência válida no campo do procedimento recursal. Por certo, no que pertine aos processos de *primeira instância*, embora a competência seja definida pela lei federal que versa sobre processo (CF, art. 22, I), cabe à lei de organização judiciária estadual a criação dos órgãos jurisdicionais que exercerão concretamente tal competência²⁸³, distribuindo-a a partir dos critérios definidos na lei federal²⁸⁴. Assim, seguindo-se o caminho lógico necessário para a compreensão da competência, enquanto cabe à Constituição Federal a definição das atribuições das Justiças especiais e da Justiça comum, o passo seguinte, para a fixação do foro da causa, deve ser analisado à luz das regras de competência territorial previstas na legislação federal, que, do ponto de vista teórico, elegem um determinado elemento da lide para a verificação de seu espaço jurisdicional, estabelecendo-se a relação entre aquele elemento e a circunscrição onde ele se situa. Na sequência, cabe à lei de organização judiciária a fixação dos limites da

²⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Organização judiciária e processo*, Revista de direito processual civil, ano I, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, p. 22: “Verifica-se, portanto, que pertencem à esfera da organização judiciária: a) a divisão territorial dos Estados para fins de organização dos serviços judiciários (art. 124, nº I); b) a criação de tribunais de alçada inferior à dos tribunais de justiça (art. 124, nº II); c) o ingresso na magistratura (art. 124, nº III); d) o acesso aos cargos da carreira judiciária (art. 124, nº IV); e) organização e composição dos tribunais (art. 124, ns. V e VIII); f) a remuneração dos juízes (art. 124, nº VI); g) a instituição da justiça honorária e dos juízes temporários, bem como a fixação da competência em razão do valor da causa (art. 124, ns. X a XI)”.

²⁸² De acordo com a Constituição de 1969, cabia aos Tribunais de Justiça dispor, em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e a organização judiciárias, cuja alteração somente poderia ser feita de cinco em cinco anos (CF/69, art. 144, § 5º, na redação anterior à Emenda nº 07/77: § 5º Cabe ao Tribunal de Justiça dispor, em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e a organização judiciárias, cuja alteração somente poderá ser feita de cinco em cinco anos). Sobre o ponto, cf. ALVIM, Thereza. *A organização judiciária e o Código de Processo Civil – competência em razão do valor*, Revista de Processo, ano I, nº 03, jul.-set./1976, p. 32-37, na qual examina a validade, sob tal regime constitucional, da edição pela União da Lei nº 5.621/70, que delimitou nacionalmente o âmbito da organização judiciária, para assim circunscrever a atuação legítima dos Tribunais de Justiça estaduais.

²⁸³ Pende de análise, no Supremo Tribunal Federal, a ADIn nº 4235/RJ, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil contra o artigo 3º da Lei 2.556/96, que cria os juizados especiais cíveis, e o artigo 4º da Lei 3.603/01, que altera a lei de organização judiciária, ambas do Estado do Rio de Janeiro, cujo conteúdo autoriza o Órgão Especial do Tribunal de Justiça a editar resoluções de modo a criar, extinguir, modificar as competências de órgãos jurisdicionais, em alegada violação ao âmbito normativo e à exaustividade da lei de organização judiciária (CF, art. 125, §1º), combinado com o princípio da legalidade.

²⁸⁴ GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 38-9: “Embora não sejam fonte formal de direito processual, mas de organização judiciária, as disposições dessas leis estaduais refletem na aplicação das leis processuais, porque as regras sobre a fixação da competência estão estabelecidas no Código de Processo Civil. A competência é um instituto de direito processual, tanto em matéria civil como penal, mas a definição do órgão jurisdicional competente para julgar determinada causa, tanto do ponto de vista territorial quanto do ponto de vista da matéria, está estabelecida nas leis de organização judiciária. (...) Então, pode observar-se que a lei de organização judiciária não é fonte propriamente dita de direito processual, ou seja, não é fonte de regras e princípios pertencentes a esse ramo do Direito, mas reflete na aplicação dessas regras e princípios do processo, através da estrutura organizacional por ela implantada e pela distribuição da competência por nela estabelecida”.

circunscrição de cada órgão, e, paralelamente, a distribuição, do ponto de vista da matéria, das atribuições de órgãos jurisdicionais com a mesma competência territorial²⁸⁵.

Em segunda instância, porém, passa-se algo diverso. É que, como visto acima, a competência dos Tribunais de Justiça estaduais é definida pela Constituição Estadual. E, de outro lado, a definição concreta da competência interna de cada órgão jurisdicional do Tribunal deve ser feita pelo respectivo Regimento Interno, conforme dispõe o art. 96, I, 'a', da Constituição Federal²⁸⁶. Desde modo, não parece haver espaço para que as leis de organização judiciária disciplinem o procedimento recursal, eis que o campo que lhe é próprio, no paralelo com o primeiro grau, esbarra, nos Tribunais de Justiça, com os domínios da Constituição Estadual e, mais precisamente, com o do Regimento Interno dos Tribunais²⁸⁷.

Resta, então, averiguar a conciliação entre os campos próprios às leis ordinárias federais, às leis estaduais fundadas no art. 24, XI, da Constituição Federal e, ainda, ao Regimento Interno dos Tribunais, definindo de que modo cada uma dessas espécies pode interferir no procedimento dos recursos cíveis.

A Constituição afirma competir, em um primeiro momento, à lei ordinária federal a disciplina do direito processual (CF, art. 22, I)²⁸⁸. Ao fazê-lo, o que pretendeu o constituinte foi assegurar a unidade em todo País para o modo como a jurisdição tem de ser exercida, em

²⁸⁵ Nas palavras de MARQUES, José Frederico. *Organização judiciária e processo*, Revista de direito processual civil, ano I, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, p. 23-4.

²⁸⁶ CF, Art. 96. "Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; (...)". Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em precedente voltado para a área penal, *verbis*: "A competência penal originária do Tribunal de Justiça, para processar e julgar Prefeitos Municipais, não se limita nem se restringe ao Plenário ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial, podendo ser atribuída – inclusive por ato dessa própria Corte judiciária, fundado no art. 96, I, a, da CF – a qualquer de seus órgãos fracionários (Câmaras, Turmas, Seções, v.g.), eis que os pronunciamentos de tais órgãos qualificam-se como decisões juridicamente imputáveis ao próprio Tribunal de Justiça. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que se revela compatível com o preceito inscrito no art. 29, X, da Constituição a norma local que designa, no âmbito do Tribunal de Justiça, o órgão colegiado investido de competência penal originária para processar e julgar Prefeitos Municipais. Compete ao Tribunal de Justiça, mediante exercício do poder de regulação normativa interna que lhe foi outorgado pela Carta Política, a prerrogativa de dispor, em sede regimental, sobre as atribuições e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais" (AI 177.313-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-4-1996, Primeira Turma, DJ de 17-5-1996). Em igual sentido, HC 74.190, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 15-10-1996, Primeira Turma, DJ de 7-3-1997: "O art. 101, § 3º, c, da Lei Complementar 35/1979, que atribui às Seções Especializadas e não aos Grupos de Câmaras Criminais dos Tribunais a competência para processar e julgar as revisões criminais dos julgamentos de primeiro grau, da própria Seção ou das respectivas Turmas, não foi recebido pela atual Constituição, que, no art. 96, I, a, preceitua que compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o financiamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Portanto, em face da atual Carta Magna, os tribunais têm amplo poder de dispor, em seus regimentos internos, sobre a competência de seus órgãos jurisdicionais, desde que respeitadas as regras de processo e os direitos processuais das partes".

²⁸⁷ Em sentido diverso, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 99: "Às leis estaduais de organização judiciária é lícito disciplinar os órgãos de segundo grau de jurisdição, com a composição e estrutura dos tribunais".

²⁸⁸ CF, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...).

continuidade com modelo institucional em vigor, no Brasil, desde a Carta Constitucional de 1934, ainda que passível de críticas à luz da extensão territorial e das diversidades regionais²⁸⁹. Logo à frente, no art. 24, XI, a mesma Constituição prevê, de forma inovadora no histórico constitucional brasileiro²⁹⁰, a competência concorrente da União e dos Estados para que disponham sobre “procedimentos em matéria processual”, com isso permitindo que, em alguma medida, os Estados-membros interfiram na mecânica da prestação jurisdicional com os olhos em suas peculiaridades regionais. Isso significa que, para conferir algum sentido à regra do art. 24, XI, da CF, deve o intérprete necessariamente excluir do âmbito do art. 22, I, do texto constitucional a matéria relativa ao procedimento, de modo que, por força deste último, deve-se ter por inserida na competência *privativa* da União apenas o que for de conteúdo tipicamente processual no ramo do direito processual civil.

Definir o que é processo para esse fim, porém, não é tarefa das mais simples. Com efeito, muitas das lições tradicionalmente repetidas pela doutrina do direito processual, já analisadas no Capítulo anterior, não foram fixadas levando em conta o particular regime de distribuição de competências legislativas desenhado pela Constituição Federal de 1988²⁹¹. Assim, embora seja válido encampar as distinções tradicionais entre processo e procedimento para fins didáticos, é preciso ir além de conceituações vagas como “*relação jurídica*

²⁸⁹ GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 30. Embora não diga respeito ao tema sob análise, a própria Constituição excepciona o monopólio da União na disciplina do direito processual no que diz respeito ao “processo do juizado de pequenas causas”, elencado como matéria de competência concorrente também dos Estados (CF, art. 24, X). Na prática, porém, essa permissão, ainda que restrita, para que os Estados legislem sobre processo restou esvaziada pelo Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer criticável distinção entre juizados de pequenas causas (CF, art. 24, X) e juizados especiais (CF, art. 98, I), de modo que o art. 24, X, não poderia servir de amparo a leis estaduais que disciplinassem normas específicas a respeito de processo dos juizados especiais. Sobre o tema, cf. SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 57-63; e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 57 e segs. Exemplo de tal orientação pode ser colhido do seguinte precedente da Corte Suprema, *verbis*: “Dada a distinção conceitual entre os juizados especiais e os juizados de pequenas causas (cf. STF, ADI 1.127, cautelar, 28-9-1994, Brossard) aos primeiros não se aplica o art. 24, X, da Constituição, que outorga competência concorrente ao Estado-membro para legislar sobre o processo perante os últimos. Consequente inconstitucionalidade da lei estadual que, na ausência de lei federal a respeito, outorga competência penal a juizados especiais e lhe demarca o âmbito material” (HC 71.713, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-10-1994, Plenário, DJ de 23-3-2001). No mesmo sentido, os seguintes julgados: “Juizados Especiais (CF, art. 98, I): matéria de processo (criação de recursos): competência legislativa privativa da União (Lei n. 9.099/95): conseqüente inadmissibilidade de embargos de divergência para o Tribunal de Justiça, criados por lei estadual” (RE 273.899, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-01, Plenário, DJ de 25-5-01); e “A exigência de depósito recursal prévio aos recursos do Juizado Especial Cível, criada pelo art. 7º da Lei Estadual (AL) n. 6.816/07, constitui requisito de admissibilidade do recurso, tema próprio de Direito Processual Civil e não de ‘procedimentos em matéria processual’ (art. 24, inciso XI, CF). Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei n. 6.816/07, do Estado de Alagoas” (ADI 4.161-MC, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 29-10-08, Plenário, DJE de 17-4-09).

²⁹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 28.

²⁹¹ Além disso, a própria edição das principais normas processuais em vigor no Brasil, de que é exemplo o Código de Processo Civil, remonta à época em que não havia a distinção material, para fins da delimitação constitucional das competências privativa e concorrente, entre processo e procedimento, o que dificulta ainda mais o exame da matéria no direito positivo atualmente em vigor, conforme observação de SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 46; e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 40-41.

processual”, a respeito do processo, e “*exteriorização do processo*”, no que toca ao procedimento, para que possam ser identificados parâmetros capazes de subsidiar a delimitação do campo próprio à lei federal e às leis estaduais neste tema. Foi mirando nessa problemática que, no Capítulo anterior, firmou-se a premissa de que a matéria relativa ao processo compreende, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, a definição de *quem* pode praticar cada manifestação de vontade na relação jurídica processual, qual o *conteúdo* desses atos a serem praticados e, por fim, quais os *efeitos* que podem validamente decorrer dos atos processuais. Por outro lado, cabe ao campo do procedimento, por força do art. 24, XI, da Constituição, o estabelecimento da *sequência* de atos processuais a ser percorrida para o julgamento da causa, bem como o *conjunto de requisitos formais* que incidem sobre o modo de ser e a validade de cada um desses atos, considerados em si mesmos²⁹².

A conclusão parcial a que se chega, assim, é de que o campo do procedimento recursal na apelação está inserido no art. 24, XI, da Constituição Federal. Mas enquadrar-se em tal dispositivo não é, infelizmente, motivo para pôr fim à ânsia por clareza. Com efeito, o regime da competência concorrente entre União e Estados-membros tem por marca, segundo os §§ 1º a 4º do art. 24 da CF, a conjugação entre a edição de normas gerais e de normas especiais, a cargo, respectivamente, da órbita federal e da estadual (CF, art. 24, §§ 1º e 2º)²⁹³. Quando omissa a União na edição de normas de caráter geral, abre-se a oportunidade para que os Estados legislem de forma plena sobre o tema, a fim de que, em última análise, possam viabilizar o exercício de sua própria competência legislativa, que do contrário se veria tolhida pela omissão arbitrária do ente central CF (CF, art. 24, § 3º)²⁹⁴. Ao sobrevir lei federal de normas gerais, porém, e com isso suprimindo-se a lacuna, automaticamente deve-se ter por suspensa a legislação estadual no que for contrária àquela (CF, art. 24, § 4º)²⁹⁵, preservando-

²⁹² Em sentido similar, cf. BERMUDEZ, Sérgio. *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 21, 1994, p. 48: “Assim conceituado o procedimento, resta ao intérprete lembrar que a regra da competência do art. 24, XI, da Constituição só dispõe acerca de competência para legislar sobre procedimentos; não sobre *processo*, matéria da competência exclusiva da União, consoante o art. 22, I. Portanto, e exemplificativamente, só cabem no inciso XI do art. 24 matérias que digam respeito ao modo de desenvolver-se a relação processual, à sua dinâmica, ao seu movimento; não o que a isso é estranho, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a intervenção de terceiros, as provas, os recursos, a coisa julgada – elementos, como se sabe, atinentes às pessoas que reclamam a jurisdição, à prestação jurisdicional e à sua eficácia: instrumentos de processo e não de procedimento”.

²⁹³ CF, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

²⁹⁴ CF, “Art. 24. (...) § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”. No sentido do texto, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*, Revista dos Tribunais, vol. 657, 1990, p. 33.

²⁹⁵ CF, Art. 24. (...) § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

se, assim, o desenho original da competência concorrente: edição de normas gerais pela União e elaboração de normas específicas pelos Estados-membros²⁹⁶.

O norte para a aplicação desse complexo sistema, como se vê, reside na distinção entre normas gerais e normas específicas, de modo a definir até que ponto podem avançar União e Estados na disciplina da sequência e dos requisitos formais dos atos processuais a serem praticados no julgamento do recurso de apelação, que constitui o objeto do procedimento recursal, como já ressaltado anteriormente. Não há como negar que tal descentralização normativa, de utilização rara mesmo após passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição de 1988²⁹⁷, seja capaz de gerar desarmonia e desuniformidade se considerado o cenário nacional, porquanto cada Estado terá sob sua alçada o poder de estabelecer uma disciplina procedimental com regras particulares, de acordo com suas peculiaridades locais²⁹⁸. Ocorre, porém, que a escolha em prol da diversidade, nesse ponto, já foi tomada pelo constituinte originário, que poderia ter se sensibilizado com o risco de tratamento desuniforme e ter optado pela preservação da competência legislativa sobre procedimento nas mãos da União, como, a rigor, sempre se passou no cenário brasileiro desde a Constituição de 1934. Ao contrário, o que prevaleceu foi a lógica de permitir que, como é próprio a toda federação, houvesse uma margem de diversidade regional no cenário de unidade nacional²⁹⁹, e nisso se faz indispensável a tolerância com a pluralidade de regimes jurídicos.

Assim, o art. 24, XI, da Constituição Federal já representa uma escolha política no campo da disciplina do procedimento, que não pode ser combatida, do ponto de vista jurídico,

²⁹⁶ Para uma sistematização da interpretação dos §§ 1º a 4º do art. 24 da Constituição Federal com o enfoque na competência legislativa sobre procedimento em matéria processual, cf. BERMUDES, Sérgio. *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 21, 1994, p. 46-7; SUNDFELD, Carlos Ari. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*, Revista dos Tribunais, vol. 657, 1990, p. 32; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 16-17; SANTOS, Altamiro J. *Processo e procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – competência para legislar*, Revista de Processo, nº 64, out.-dez./1991, p. 238-244; e CONTE, Francesco. *Constituição Federal de 1988. Artigo 24, inciso XI – União, Estados e Distrito Federal. Competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual – Fim do Código unitário de processo civil*, ADV – Advocacia dinâmica – Seleções jurídicas, dez./1990, p. 05 e 07.

²⁹⁷ Conforme constata SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 53.

²⁹⁸ BERMUDES, Sérgio. *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 21, 1994, p. 49: “É intuitivo que a Constituição deferiu competência aos Estados para legislar sobre procedimentos, para que as unidades federadas possam adequar o modo pelo qual se desenvolve o processo à sua realidade – isso se justifica e se impõe num País continental, marcado por diferenças de toda ordem”. Em sentido similar, CONTE, Francesco. *Constituição Federal de 1988. Artigo 24, inciso XI – União, Estados e Distrito Federal. Competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual – Fim do Código unitário de processo civil*, ADV – Advocacia dinâmica – Seleções jurídicas, dez./1990, p. 07.

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Transporte ferroviário, federação e competências em matéria ambiental*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 415 e segs.

por argumentos que apenas seriam proveitosos no seio de um movimento de reforma da Constituição. E, a rigor, a diversidade, em intensidade até maior do que permite o atual texto constitucional, já esteve presente no passado do direito processual civil brasileiro. Na Constituição de 1891, era dos Estados-membros a competência para legislar sobre o processo pertinente à Justiça estadual, cabendo à União apenas disciplinar o processo no âmbito da Justiça federal³⁰⁰. Ao romper, assim, com o cenário de unidade processual para aderir a um projeto de dualidade, a Constituição de 1891 alçou ao mais alto grau o viés descentralizador que compõe o princípio federativo, permitindo que cada entidade da Federação disciplinasse as formas como a jurisdição seria prestada sem nem mesmo o balizamento de diretrizes gerais editadas pelo ente central³⁰¹. Embora em tese prevista, portanto, a possibilidade de instituição de disciplinas processuais próprias, a verdade é que, do ponto de vista da substância, a maioria dos Estados se pautou, na edição de suas leis, pela disciplina do Regulamento nº 737, de 1850³⁰². A contar da Constituição de 1934, retomou a União o monopólio para legislar sobre processo, assim permanecendo até os dias de hoje³⁰³. Como se vê, a atual perspectiva de variação no procedimento é muito menos abrangente do que já se experimentou mesmo em matéria de processo, de vez que fixada, pela Constituição, a competência da União para que edite normas gerais sobre o procedimento, preservando um núcleo de diretrizes comuns em todo o cenário nacional.

A definição do conteúdo das normas gerais e das normas específicas, na interpretação do art. 24, XI, da Constituição, é motivo de controvérsia na doutrina. Há quem sustente o critério preponderantemente territorial, de modo que norma geral seria aquela com “vigência na extensão territorial correspondente à soberania do Estado”, ao passo que as normas específicas seriam emanadas “das unidades (Estados ou municípios), circunscrevendo-se ao correspondente território”, mas pautadas por um vínculo teleológico guiado pelas

³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 117; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 24; e CONTE, Francesco. *Constituição Federal de 1988. Artigo 24, inciso XI – União, Estados e Distrito Federal. Competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual – Fim do Código unitário de processo civil*, ADV – Advocacia dinâmica – Seleções jurídicas, dez./1990, p. 06.

³⁰¹ Sobre o cenário processual decorrente do regime da dualidade do direito processual sob a Constituição de 1891, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1963, p. 47-53, sendo que às p. 54-61 lista o autor as diversas críticas que o rompimento da unidade processual recebeu da doutrina à época.

³⁰² LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1963, p. 47: “Os Códigos Estaduais mantiveram-se, na quase totalidade, fiéis ao Regulamento n. 737. Os seus legisladores não procuraram progredir, numa época em que o Direito Processual adquirira prestígio e posição científica, como fruto das especulações e doutrinas dos mestres europeus, cujas ideais já se difundiam em nosso meio. Predominou, segundo parece, a lei do menor esforço, sendo mais fácil copiar os dispositivos antigos do que aplicar postulados novos nos textos legais”.

³⁰³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 118, que ressalta que o art. 104 da Carta de 1934 ainda concedia aos Estados a competência para disciplinar a divisão e a organização judiciárias.

“peculiaridades regionais”³⁰⁴. De outro lado, afirma-se também que o campo das normas gerais deve se restringir à fixação de diretrizes básicas, de nortes gerais para o delineamento de uma verdadeira moldura no quadro a ser pintado pelos Estados-membros no estabelecimento das normas de natureza específica, conforme metáfora utilizada pelo Min. Carlos Velloso no julgamento da ADIn nº 927/RS. Disso se extrai um parâmetro negativo para as normas gerais, que jamais poderiam consubstanciar comandos que esgotassem o tema regulado, sob pena de esvaziarem, ao arrepio da Constituição, a competência estadual para legislar esmiuçando a disciplina de acordo com as peculiaridades locais. E, além disso, um parâmetro positivo, pois as normas gerais devem se pautar pela presença de um conteúdo de *maior* nível de generalidade e de abstração do que toda norma jurídica, por sua própria natureza, já deve ostentar³⁰⁵.

A doutrina mais moderna do direito constitucional, porém, avançou para reconhecer também outro caminho de interpretação da competência concorrente. Com efeito, embora sem negar a prevalência, de regra, do critério da generalidade para a definição das normas a serem editadas pela União neste tema, tem sido reconhecido que, em determinadas circunstâncias, pode o ente federal estabelecer normas de conteúdo mais específico e concreto sobre o objeto regulado, que não se ajustariam com perfeição aos parâmetros clássicos para a delimitação da competência concorrente, mas desde que pautadas por uma finalidade especial. É que a própria essência da federação, como visto acima, consiste na preservação de um núcleo de unidade na diversidade regional, de vez que a autonomia dos entes menores não pode ser interpretada de modo a inviabilizar a manutenção do ente federal, que os congrega. Assim, quando, mesmo que inserida a matéria no rol constitucional de competências concorrentes, fizer-se presente a necessidade lógica de que determinados aspectos do tema sejam submetidos a uma *disciplina nacional uniforme, sob pena de absoluta inefetividade*, será lícito à União que assim o faça, e ainda que descendo a minúcias no conteúdo de suas normas. E tal uniformidade, veja-se bem, não extravasa os limites conceituais das normas gerais, mas antes atende à sua teleologia. Ou seja, remanesce, mesmo no regime da competência concorrente, sob o alcance da União a edição de normas que sejam dotadas de um alto grau de concretude e de especificidade, e que já exauram por completo o objeto regulado, mas desde que o estabelecimento de tais regras seja guiado por um inafastável imperativo de

³⁰⁴ BERMUDES, Sérgio. *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 21, 1994, p. 49.

³⁰⁵ SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 48-9; e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 18.

uniformidade nacional, que, se inexistente, frustraria por completo a própria finalidade com que fora instituída a competência legislativa³⁰⁶.

Pode ser fornecido como exemplo dessa tese, no âmbito do procedimento em matéria processual civil, o regime dos arts. 202 e segs. do Código de Processo Civil, que dispõem sobre o procedimento a ser seguido na expedição e no cumprimento de cartas precatórias³⁰⁷. O conteúdo de tais regras explicita de forma praticamente exaustiva os rigores formais de que devem se revestir as cartas precatórias, sendo expresso o art. 209, I, do Código ao afirmar que o juiz deprecado deve recusar cumprimento à carta precatória, devolvendo-a com despacho motivado, quando não estiver revestida dos requisitos legais. Parece evidente que, por detrás de tais normas, reside a necessidade de que atos de comunicação processual voltados para a cooperação entre autoridades judiciárias situadas possivelmente em Estados diversos sejam guiadas por uma disciplina única, à luz da qual possam aferir a validade dos atos praticados pelo juízo deprecante e pelo juízo deprecado. A própria cooperação restaria inviabilizada caso se passasse de modo distinto, com cada Estado-membro elegendo tal ou qual requisito para que as solicitações advindas de outros entes da federação fossem cumpridas, nos quais aquelas, a bem da verdade, sequer seriam conhecidas. E é por esta razão que, apesar de dotadas de concretude praticamente exaustiva, tais normas devem ser reputadas gerais para que sejam reconhecidas como válidas à luz do art. 24, XI, da Constituição Federal.

Se todas essas questões são suscitadas a respeito do procedimento de um modo geral, há ainda detalhe relevante atinente ao procedimento recursal em particular, e que adiciona outro fator de complexidade ao problema das fontes normativas. Com efeito, já se ressaltou mais acima que também ao Regimento Interno dos Tribunais a Constituição Federal deferiu um papel a ser exercido no jogo das espécies normativas do direito processual civil, como atos normativos de natureza primária³⁰⁸. Fê-lo ao estabelecer, na alínea ‘a’ do inc. I do art. 96,

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Transporte ferroviário, federação e competências em matéria ambiental*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 421-2: “O conceito de normas gerais não é fornecido pela Constituição e suscita várias discussões teóricas. Alguns elementos, porém, dão conteúdo à expressão. Como regra, caberá ao ente central a tarefa de instituir diretrizes, linhas orientadoras destinadas a conferir alguma dose de uniformidade à legislação estadual. Adicionalmente, estarão também abrangidas pelo conceito de norma geral as matérias que, do ponto de vista lógico, exijam disciplina nacional uniforme. Com efeito, a autonomia dos entes federativos não os autoriza a adotar linha de ação incompatível com a manutenção do ente global, isto é, do próprio Estado Federal. Por isso mesmo, para evitar antinomia nas matérias que exigem uniformidade, é natural que a competência legislativa seja concentrada no ente central. Ademais, sob a perspectiva do princípio democrático, apenas o legislador nacional detém legitimidade para, representando o conjunto da população, dispor sobre questões de abrangência também nacional e vincular toda a coletividade. Embora a locução normas gerais seja relativamente indeterminada, não seria razoável adotar interpretação que considerasse como específicas matérias que irão interferir com a organização e funcionamento do Estado federal em seu conjunto”.

³⁰⁷ Sobre o tema, cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 154 e segs.

³⁰⁸ Tanto assim que passíveis de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, como já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4.108-REF-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009).

que compete privativamente aos tribunais “*elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*”. É preciso, então, identificar o modo como tal regra de competência normativa convive, no cenário constitucional, com as demais fontes acima analisadas, porquanto é em razão da matéria, e não de uma suposta hierarquia, que se deve distinguir o que cabe ao Regimento Interno e às leis editadas pelos entes federativos.

Nesse ponto, e como em geral no que diz respeito ao chamado direito processual constitucional, coube a Frederico Marques a fixação, sob a égide da Constituição de 1969, das premissas teóricas de maior envergadura³⁰⁹. Segundo o autor, foi com a Constituição de 1934 que o Regimento Interno foi alçado ao *status* de fonte formal de direito escrito³¹⁰, conferindo-lhe, por seu art. 67, ‘a’, um espaço próprio de atuação³¹¹. Disposição de idêntico teor foi inserida nas Cartas Constitucionais de 1937 e 1946, conforme redação de seus respectivos arts. 93, ‘a’³¹², e 97, II³¹³. Com a Constituição de 1967 houve alteração sensível na matéria: embora tenha simplesmente reiterado, por um lado, a redação herdada do texto anterior – art. 110, II³¹⁴ –, foi além para conferir um particular regime ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, deferindo-lhe amplíssimo conteúdo normativo através do parágrafo único do art. 115, em especial pela alínea ‘c’, ao deferir-lhe o poder de dispor sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”³¹⁵.

³⁰⁹ MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 77-94.

³¹⁰ O que não impediu que, mesmo antes, já em 1892, o Supremo Tribunal Federal editasse seu Regimento Interno com base em comando previsto no Decreto nº 01 de 1891, ao fundamento de que tal competência repousava, em última análise, na garantia da independência da magistratura, conforme esclarece MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 78.

³¹¹ CF/34, Art. 67 - Compete aos Tribunais: a) elaborar os seus Regimentos Internos, organizar as suas secretarias, os seus cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos; (...).

³¹² CF/37, Art. 93 - Compete aos Tribunais: a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos; (...).

³¹³ CF/46, Art. 97 - Compete aos Tribunais: (...) II - elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; (...).

³¹⁴ CF/67, Art. 110 - Compete aos Tribunais: (...) II - elaborar seus Regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor (art. 59) ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; (...).

³¹⁵ CF/67, Art 115 - O Supremo Tribunal Federar funcionará em Plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras *a, b, e, d, i, j e l*, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das Turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; d) a competência de seu Presidente para conceder *exequatur* a cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros.

O esquema não restou alterado, do ponto de vista substancial, pela redação original da Constituição de 1969, que apenas transpôs as regras para os arts. 115, II³¹⁶, e 120, parágrafo único³¹⁷, de seu texto. Foi nesse período em que o Código de Processo Civil de 1973, ao entrar em vigor, determinou de forma didática que as leis de organização judiciária e os Regimentos Internos deveriam se adaptar às disposições por ele então introduzidas no ordenamento processual (CPC, art. 1.214)³¹⁸. De maior relevo passou a ser a distinção de conteúdo dos dispositivos após a entrada em vigor da Emenda nº 07/77 à Constituição de 1969: ao desdobrar a substância do anterior inc. II do art. 115 em dois incisos, tratou-se do Regimento Interno dos Tribunais em geral no inc. III do dispositivo, explicitando, pela primeira vez, seu poder normativo para fixar a competência de seus órgãos internos³¹⁹, respeitadas as disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional³²⁰. Por sua vez, o anterior art. 120, parágrafo único, especificamente dirigido ao Supremo Tribunal Federal e conferindo *status* de fonte formal do direito processual ao seu Regimento Interno³²¹, foi transformado em § 3º do art. 119³²². Mas tal poder havia de ser entendido em termos: na competência recursal, evidentemente que os atos processuais praticados até o ingresso do feito no Supremo Tribunal Federal deveriam ser regidos pelas leis federais de cunho processual, fora do âmbito, portanto, do RISTF; nos feitos de competência originária, porém, ou quando

³¹⁶ CF/69, Art. 115. Compete aos Tribunais: (...) II - elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; (...).

³¹⁷ CF/69, Art. 120. O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. Parágrafo único. O regimento interno estabelecerá: a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas *a, b, c, d, i, j e l*, do item I do artigo 119, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; e d) a competência de seu Presidente para conceder exequatur a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros.

³¹⁸ CPC, Art. 1.214. Adaptar-se-ão às disposições deste Código as resoluções sobre organização judiciária e os regimentos internos dos tribunais.

³¹⁹ CF/69, Art. 115. Compete aos Tribunais: (...) III - elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas; (...).

³²⁰ O âmbito da Lei Orgânica da Magistratura Nacional foi definido, após a EC nº 07/77, pelo parágrafo único do art. 112 do texto constitucional de 1969, com distinção em relação ao que hoje prevê o já citado art. 93, caput, da Constituição Federal, ao tratar do Estatuto da Magistratura, *verbis*: CF/69, Art. 112. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: (...) Parágrafo único. Lei complementar denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes.

³²¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, Campinas: Millennium, 2000, p. 60.

³²² CF/69, Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) § 1º As causas a que se fere o item III, alíneas *a e d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. 3º O regimento interno estabelecerá: a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas *a, b, c, d, i, j, l e o* do item I deste artigo, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; e d) a competência de seu Presidente para conceder o *exequatur* a cargas rogatórias e para homologar sentenças estrangeiras.

já autuado o recurso na Corte, sua competência legislativa era plena, submetida apenas ao que dispunha a Constituição então em vigor³²³.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o poder normativo do Regimento Interno dos Tribunais ficou estabelecido no já citado art. 96, I, 'a', do texto constitucional, sem que fosse acompanhado de disposição conferindo regime próprio, como nas Constituições anteriores, ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Por conta disso, as regras em vigor do RISTF que tocam no direito processual, a partir da data da promulgação da CF/88, passaram a ostentar a natureza de lei ordinária, eis que submetida a matéria ao âmbito de incidência da regra geral do art. 22, I, do texto constitucional, e, como tais, passíveis de revogação por normas de igual natureza porventura editadas pelo Poder Legislativo, desde que com atenção ao critério da especialidade.

Do ponto de vista substancial, há um componente de autonomia na competência dos Tribunais para a edição de seus Regimentos Internos. Decorre ela da ideia de um núcleo substancial do autogoverno dos juízes, e que se reflete na garantia da independência dos julgadores, já tratada acima neste trabalho. Tal conteúdo se expressa principalmente pelo poder de os Regimentos Internos disciplinarem a competência e o funcionamento dos órgãos administrativos dos Tribunais, pois é assegurando-se a autonomia nessas atividades-meio, de que é exemplo mais sensível a gestão e a organização de pessoal, que se alcançam as condições materiais para que a atividade-fim seja desempenhada com independência, sem que esteja sujeita a represálias por atos invasivos da administração interna³²⁴. No que toca, portanto, ao viés administrativo do conteúdo normativo dos Regimentos Internos dos Tribunais, expresso na última parte do art. 96, I, 'a', da Constituição Federal, não há como negar uma forte conexão com o princípio da independência da magistratura, que assegura ao Judiciário o mesmo *status* de que se revestem, no jogo da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o Legislativo e o Executivo³²⁵.

³²³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, Campinas: Millennium, 2000, p. 70.

³²⁴ Tais atos administrativos, como não se ignora, encontram-se submetidos ao controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja constitucionalidade já restou proclamada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme precedentes citados acima. E, de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema, os critérios para a eleição dos cargos diretivos dos Tribunais encontram-se submetidos à reserva de lei complementar inerente ao Estatuto da Magistratura, de modo que não é lícito aos Regimentos Internos a intromissão nessa seara (ADI 4.108-REF-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009; ADI 3.566, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-2-2007, Plenário, DJ de 15-6-2007; Rcl 8.025, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-12-2009, Plenário, DJE de 6-8-2010; ADI 1.152-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-11-1994, Plenário, DJ de 3-2-1997; ADI 841-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 21-9-1994, Plenário, DJ de 21-10-1994; e Rcl 5.158-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-6-2007, Plenário, DJ de 24-8-2007).

³²⁵ MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 81-2.

Mas os Regimentos Internos, como revela a Constituição Federal, também avançam para um campo que excede os limites meramente administrativos, cuidando de um domínio mais amplo em que se situa a chamada “vida interna do Tribunal”³²⁶. A leitura do art. 96, I, ‘a’, da CF revela, por um lado, que cabe ao Regimento a definição da competência dos órgãos jurisdicionais de que se compõe o Tribunal, definindo assim a chamada “competência interna”³²⁷, porquanto a externa é tratada, como já visto, pela Constituição Estadual (CF, art. 125, §1º). Mas é justamente no restante do dispositivo constitucional, que atribui aos Regimentos Internos a disciplina do “*funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais*”, que reside a maior dificuldade em delinear com precisão os limites da convivência do Regimento Interno com as demais espécies normativas previstas na Constituição.

Para que se caminhe rumo ao esclarecimento da essência da expressão “funcionamento dos órgãos jurisdicionais” nos Tribunais, que não é marcado pela clareza na doutrina, parece proveitoso apontar, de início, o que foi diretamente excluído pela Constituição do domínio do Regimento Interno, ao fixar seus limites. Em primeiro lugar, a Constituição Federal foi clara ao definir duas restrições materiais ao conteúdo dos Regimentos Internos (CF, art. 96, I, ‘a’). Consiste a primeira no respeito às “garantias processuais das partes”, segundo a redação do texto constitucional, e que pode ser reconduzida ao tema das garantias fundamentais do processo, já estudadas no Capítulo anterior. A bem da verdade, porém, ao estabelecer tal limite a Constituição Federal agiu com finalidade exclusivamente didática, porquanto era decorrência evidente do *status* constitucional das garantias fundamentais do processo, acompanhado da ideia de supremacia da Constituição, que todas as espécies normativas de índole infraconstitucional, no que se incluem os Regimentos Internos, deveriam a elas se submeter. Já o segundo limite é um sinal mais forte do que se pode atribuir, *a contrario sensu*, ao domínio normativo dos Regimentos Internos: afirma a Constituição que as disposições do Regimento devem ser instituídas “com observância das normas de processo”, editadas, como se sabe, pela União no exercício da competência legislativa prevista no art. 22, I, do texto constitucional³²⁸.

Em outras palavras, as normas do Regimento Interno, ao tratarem do “funcionamento dos órgãos jurisdicionais” do Tribunal, devem respeitar, a um só tempo, as garantias

³²⁶ MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 83.

³²⁷ Na linha do que já se ressaltou mais acima, tal disposição termina por afastar dos Tribunais os comandos das Leis Estaduais de Organização Judiciária (CF, art. 125, §1º, parte final).

³²⁸ Com a ressalva da possibilidade teórica, apesar da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, comentada acima, de que os Estados legislem sobre processo no âmbito dos juizados especiais com amparo no art. 24, X, da CF.

fundamentais do processo e as normas de conteúdo processual editadas pela União. E, como já visto, não se confunde tal expressão com a *competência interna* dos órgãos do Tribunal, sob pena de se nulificar o conteúdo normativo do restante da redação do art. 96, I, 'a', da Constituição Federal. Poderia ser cogitado, a princípio, que o funcionamento, no texto constitucional, deveria ser entendido no sentido estrito, como fazendo referência ao horário em que devem funcionar os órgãos jurisdicionais do Tribunal, com atendimento ao público ou mesmo de expediente em geral. Em primeiro lugar, porém, a sede constitucional mais adequada para a competência regimental neste tema parece ser não a alínea 'a' do inc. I do art. 96, mas sim a alínea 'b' do mesmo dispositivo, ao assinalar que compete privativamente aos Tribunais organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva³²⁹, conforme exegese já referendada até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal³³⁰. Mas a verdade é que tal interpretação, na prática, tornaria inócuo o dever de observância, pelo Regimento Interno, das garantias fundamentais do processo, pois é difícil vislumbrar como tal matéria poderia interferir em qualquer outro direito fundamental de cunho processual além da cláusula do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). A mesma crítica poderia ser feita à luz do limite da observância das normas processuais, que apenas remotamente poderiam ser violadas pelo Regimento se relegada sua atribuição normativa a âmbito tão restrito.

Assim, a conclusão que parece ser lícito afirmar é a de que a expressão “funcionamento dos órgãos jurisdicionais” tem de ser entendida como atinente ao procedimento recursal desenvolvido nos Tribunais³³¹, que por conta disso pode ser tocado pelo Regimento Interno dos Tribunais de segunda instância. Na realidade, essa interpretação se guia até pelo conteúdo semântico do texto constitucional: o *funcionamento* de um órgão jurisdicional tem de dizer respeito ao modo como ele exerce a função para o qual foi instituído; se, porém, desta palavra têm de ser excluídas, logicamente, a atuação

³²⁹ CF, Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: (...) b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; (...).

³³⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA 954/2001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, ATO NORMATIVO QUE DISCIPLINA O HORÁRIO DE TRABALHO DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO. VÍCIO DE NATUREZA FORMAL. OFENSA AO ART. 96, I, a e b, da CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE COM EFEITOS EX NUNC. I. Embora não haja ofensa ao princípio da separação dos poderes, visto que a Portaria em questão não altera a jornada de trabalho dos servidores e, portanto, não interfere com o seu regime jurídico, constata-se, na espécie, vício de natureza formal. II. Como assentou o Plenário do STF nada impede que a matéria seja regulada pelo Tribunal, no exercício da autonomia administrativa que a Carta Magna garante ao Judiciário. III. Mas a forma com que o tema foi tratado, ou seja, por portaria ao invés de resolução, monocraticamente e não por meio de decisão colegiada, vulnera o art. 96, I, a e b, da Constituição Federal. IV. Ação julgada procedente, com efeitos ex nunc” (ADI 2907, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-01 PP-00179 RTJ VOL-00207-01 PP-00220).

³³¹ Não só ao procedimento estritamente recursal, na verdade, mas também ao procedimento nas causas de competência originária dos Tribunais, ponto este que extravasa os limites deste trabalho.

administrativa do Tribunal e os aspectos da jurisdição disciplinados pelas normas de natureza processual, de acordo com a própria redação do art. 96, I, 'a', da CF, *o único tema de relevância que ainda pauta o desempenho das funções dos Tribunais*, no cenário da distribuição de competências legislativas sistematicamente instituída pela Constituição, *conecta-se ao procedimento*, isto é, aos requisitos formais para a prática de cada ato e à sequência de etapas a serem percorridas para o julgamento dos recursos. Tal proposição é a única que preenche com a devida relevância o espaço deixado entre o tema da competência jurisdicional e as disposições processuais federais, submetendo-se a estas últimas e, ainda, às garantias fundamentais do processo. E, na realidade, mesmo antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 já havia assim lecionado José Frederico Marques, assinalando, mesmo quando sequer se mencionava expressamente, no texto constitucional, o “funcionamento dos órgãos jurisdicionais” do Tribunal como um parâmetro para o poder normativo dos Regimentos Internos, que cabia às normas regimentais a disciplina de atos formais como a realização da sustentação oral e o modo de votação no órgão colegiado³³².

Se cabe aos Regimentos Internos dos Tribunais, assim, a edição de normas a respeito do procedimento recursal, por decorrência da expressão “funcionamento interno dos respectivos órgãos jurisdicionais”, resta ainda identificar o modo como deve ser conciliado o art. 96, I, 'a', com a regra prevista no art. 24, XI, da Constituição Federal, analisada acima. É que a redação aberta deste último dispositivo, ao conferir competência concorrente à União e aos Estados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”, é capaz de induzir ao aparecimento de uma zona de interseção entre seu conteúdo e o domínio do Regimento Interno dos Tribunais, já que ambos, em teoria, abarcam o procedimento recursal. Sob a égide da Constituição anterior, na qual não se previa a competência dos Estados para a edição de normas específicas sobre disciplina do procedimento, a mesma questão já havia sido colocada na doutrina quanto à convivência entre as leis federais e os Regimentos, ainda que sem a

³³² MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 87-9.

obtenção de uma resposta clara ao problema³³³. E, neste ponto, à luz do texto constitucional de 1988, é possível conceber ao menos quatro teorias explicativas³³⁴.

A primeira tese consiste em afastar de modo absoluto a incidência do art. 24, XI, da Constituição Federal no terreno do procedimento recursal, à luz do critério da especialidade para a resolução de antinomias normativas. Por essa lógica, o art. 96, I, 'a', do texto constitucional representaria uma exceção à regra geral do art. 24, XI, de modo que a competência legislativa instituída por este último se aplicaria a todo e qualquer procedimento em matéria processual, mas com a ressalva do procedimento recursal, submetido apenas à disciplina do Regimento Interno dos Tribunais, às normas federais de processo e às garantias fundamentais do processo. Tanto assim que a redação do art. 96, I, 'a', da CF determina que o Regimento Interno deve observar as normas de processo, mas não há idêntico comando limitativo com relação às normas de procedimento. Desta forma, a maioria das regras previstas no Código de Processo Civil sob Capítulo da "Ordem dos Processos no Tribunal" padeceria de inconstitucionalidade formal, porquanto não seria dado à lei federal nem mesmo estabelecer normas gerais com relação ao procedimento dos recursos. Como, porém, considerável parcela dos dispositivos ali previstos foi editada ainda sob a égide da Constituição anterior, em que a disciplina do procedimento permanecia a cargo da União e o domínio do Regimento Interno não era afirmado pela Constituição de modo a abarcar também o procedimento recursal, as regras do referido Capítulo teriam de ser consideradas recepcionadas pela Constituição de 1988 até o momento em que dispusessem em sentido contrário os Regimentos Internos dos Tribunais do país, porquanto inexistente, de regra, inconstitucionalidade formal superveniente no direito constitucional brasileiro³³⁵.

Esta tese recebeu respaldo, ainda que provisoriamente, do Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar, em 03 de agosto de 1994, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.105/DF, Rel. Min. Paulo Brossard. Versava a demanda sobre a constitucionalidade de disposição do Estatuto da OAB que alterara o momento para a

³³³ No texto já mencionado por diversas vezes neste tópico, Frederico Marques tocou especificamente nesse problema, sem que, no entanto, tenha fornecido resposta clara. Basta ver que, por um lado, reputou o autor inaplicáveis aos Tribunais as disposições da legislação federal que tratam da pauta de julgamentos na sessão (CPC, art. 562) e dos requisitos formais para a realização da sustentação oral (CPC, art. 565, *caput* e parágrafo único), por invadirem o âmbito do Regimento Interno, embora, na sequência, tenha afirmado que a disciplina do Regimento Interno quanto à votação deveria se submeter ao esquema delineado pela legislação federal (MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 87-8).

³³⁴ As quatro teorias são cogitáveis a partir das lições gerais do direito constitucional a respeito das fontes normativas da Constituição, de vez que, de acordo com a pesquisa realizada, não foram encontrados trabalhos específicos sobre a competência normativa dos Regimentos Internos no sistema da Constituição de 1988.

³³⁵ Afirmando que o vício de inconstitucionalidade tem de ser aferido segundo o princípio do *tempus regit actum*, cf. MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 1079-1082.

realização de sustentação oral nos julgamentos dos Tribunais – Lei nº 8.906/94, art. 7º, IX³³⁶ –, permitindo que o advogado utilizasse da palavra após o voto do relator, e não somente antes. A inicial da ADIn, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tinha por fundamento a inconstitucionalidade formal e material do diploma: haveria inconstitucionalidade formal, segundo o autor, por ter a lei invadido o âmbito normativo do Regimento Interno, e, de outro lado, a inconstitucionalidade material decorreria da concretização do contraditório como garantia a ser exercida não somente entre as partes, mas também entre as partes e o juiz, o que, afirmou-se, contrariaria a Constituição Federal. Neste ponto do presente trabalho, porém, apenas a tese de inconstitucionalidade formal será analisada, cabendo ao Capítulo seguinte, no curso do exame do regime jurídico da sustentação oral, a crítica do segundo – e frágil – fundamento.

A maioria dos Ministros do Supremo, com a ressalva dos votos dos Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, acolheu a tese de inconstitucionalidade formal. De início, foi ressaltado que questão similar já havia sido colocada quando da declaração de inconstitucionalidade, no final da década de cinquenta, da Lei nº 2.970/56, que alterou o art. 875 do CPC/39 para igualmente permitir a sustentação oral após o voto do relator³³⁷, em julgamento reputado memorável pela doutrina da época (DJU, de 1º/12/1956, p. 4.741)³³⁸. E, tal como naquela ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a inovação legislativa havia invadido o âmbito normativo do Regimento Interno dos Tribunais, na medida em que o sistema constitucional de 1988 delimitara de forma reciprocamente excludente os domínios das disposições regimentais e das leis. Segundo o Min. Relator, não haveria ato mais íntimo à autonomia dos Tribunais do que a disciplina do julgamento em sessão, de modo que deveria ser entendida tal matéria como reservada ao Regimento Interno dos Tribunais à luz do art. 96, I, ‘a’, da Constituição³³⁹. Na mesma linha votaram os Mins. Francisco Rezek, Ilmar Galvão,

³³⁶ Lei nº 8.906/94, Art. 7º. São direitos do advogado: (...) IX - sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.

³³⁷ CPC/39, Art. 875. Na sessão de julgamento, feita a exposição dos fatos e proferido o voto pelo relator, o Presidente, se o recurso não fôr de embargos declaratórios, dará sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, a palavra pelo prazo improrrogável de quinze minutos a cada um, para a sustentação das respectivas conclusões, prosseguindo-se de acôrdo com o regimento interno do Tribunal, depois de dada novamente a palavra ao relator para que, expressamente, confirme ou reconsidere o seu voto.

³³⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 66.

³³⁹ Nas palavras do Min. Paulo Brossard: “Nas atribuições do Poder Judiciário nada se compara ao ato de julgamento. Creio mesmo não haver exagero em afirmar que o aparelho judiciário existe e se amplia e se desdobra e se aperfeiçoa para que os julgamentos possam ser feitos em condições regualres, de maneira a assegurar a desejada justiça. Todo o aparato judiciário é mantido para que o Poder Judiciário julgue. Daí resulta que o ato supremo do Poder Judiciário não pode ficar sujeito a interferências estrnhas a ele, ainda que venham sob a forma de lei; ele há de ser modelado pelo Poder Judiciário, mediante norma regimental, segundo a Constituição, que é o instrumetno pelo qual delinea a própria autonomia” (p. 25 do voto).

Carlos Velloso, Celso de Mello, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti³⁴⁰.

Ao ser apreciada, porém, a mesma ADIn em julgamento definitivo, já em 17 de maio de 2006, o fundamento acolhido pela maioria dos Ministro da Corte residiu apenas na inconstitucionalidade material, por violação à “função do contraditório no devido processo legal”, nas palavras do Min. Cezar Peluso. É que, como assinalou a doutrina, reputar inconstitucional a disciplina da lei federal quanto ao *momento* da sustentação oral levaria a que fosse reconhecida, forçosamente, a inconstitucionalidade de qualquer disposição contida em lei federal sobre os diversos aspectos do regime formal da sustentação oral, inclusive para o fim de invalidar a redação original do art. 554 do CPC/73, que a prevê no momento posterior ao relatório e anterior ao voto do relator³⁴¹. Evitando tal incoerência lógica, e com isso distanciando-se da tese que vingara no julgamento da liminar, votaram com amparo na inconstitucionalidade material, seguindo a orientação do Min. Rel. Cezar Peluso, os Mins. Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Eros Grau, Celso de Mello, Ayres Britto e Ellen Gracie, restando vencidos, novamente, os Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Assim, embora sufragada a tese em sede de cognição sumária, no exame definitivo da causa, sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo esquivou-se de afirmar a inconstitucionalidade formal da intromissão do legislador federal ordinário no tema da sustentação oral³⁴².

³⁴⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que postpõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua conseqüente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta” (ADI 1105 MC, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1994, DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-02 PP-00208).

³⁴¹ Nesse sentido, tecendo a crítica ao julgado do STF com relação ao CPC/39, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1963, p. 328-9.

³⁴² “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 7º, IX, DA LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SUSTENTAÇÃO ORAL PELO ADVOGADO APÓS O VOTO DO RELATOR. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. I - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto

A adoção dessa primeira tese, como se vê, além de não encontrar respaldo claro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que sobre o ponto, a rigor, é bastante lacunosa, representaria uma ruptura acentuada com a preservação de um mínimo de uniformidade nacional no tema do procedimento recursal, em passo muito largo diante do histórico do direito processual civil no Brasil e, veja-se bem, sem que a redação da Constituição tenha sido categórica ao afastar a incidência das normas gerais federais, dada a previsão em termos amplos e abrangentes do art. 24, XI³⁴³.

As três teses remanescentes partem de premissa de que o sistema da Constituição Federal não prescindiu de um *núcleo de uniformidade nacional* na disciplina do procedimento recursal, a ser viabilizado pela edição de normas gerais federais, ainda que, por certo, tenha deferido um considerável poder normativo ao Regimento Interno dos Tribunais neste tema. Assim, as três teses estão em harmonia ao assinalar que o ar. 96, I, 'a', da Constituição não tem o condão de afastar de modo absoluto a regra do art. 24, XI, do texto constitucional, devendo, ao contrário, ser promovida a conciliação possível entre os dois dispositivos. Mas é no modo como essa conciliação deve se dar que reside a divergência entre cada uma delas.

A primeira solução remanescente consiste em afirmar que o procedimento recursal, embora disciplinado por normas gerais federais, está submetido a normas específicas a serem editadas pelo Regimento Interno dos Tribunais. Assim, o art. 96, I, 'a', da Constituição atuaria de modo a derrogar apenas o conteúdo do art. 24, XI, no ponto em que prevê um particular instrumento normativo formal para veicular as normas de cunho específico, qual seja: a lei estadual ordinária, como revela a redação do § 4º do dispositivo³⁴⁴. Deste modo, enquanto as normas gerais sobre o procedimento recursal seriam editadas pela União através de leis ordinárias, as regras específicas a respeito do tema teriam sua sede normativa no Regimento Interno dos Tribunais de Justiça, sem espaço para que as leis estaduais pudessem discipliná-lo. Assim, haveria a preservação do núcleo de uniformidade que consiste na lógica por detrás da competência concorrente prevista no art. 24, mas apenas com a substituição do veículo

processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. II - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994" (ADI 1105, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2006, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-01 PP-00011 RDECTRAB v. 17, n. 191, 2010, p. 273-289 RDDP n. 89, 2010, p. 172-180)

³⁴³ Apontou para esse risco o voto vencido dos Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence no julgamento da cautelar deferida na ADIn nº 1.105, ao assinalar o risco, se admitida a tese acolhida pela maioria vencedora, de que a disciplina da sustentação oral estivesse sujeita a regime particular conforme a tendência mais restritiva ou ampliativa de cada Tribunal, o que não se harmonizaria, em teoria, com o movimento de abandono da dualidade processual após a vigência da Carta Constitucional de 1934.

³⁴⁴ CF, Art. 24. (...) § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

normativo a ser editado no âmbito estadual para os comandos de índole específica, preponderando a regra especial do art. 96, I, 'a', sobre a previsão genérica da competência da lei estadual.

A segunda e a terceira soluções afirmam que, na conciliação entre o art. 24, XI, e o art. 96, I, 'a', da Constituição, tanto a lei estadual quanto o Regimento Interno podem editar normas específicas sobre o procedimento recursal. Haveria, assim, uma cumulação de espécies normativas capazes de disciplinar o mesmo tema no âmbito estadual. A distinção entre as duas teses reside no critério eleito para a resolução de eventuais conflitos derivados da divergência entre a lei estadual e o Regimento Interno. É possível cogitar, em primeiro lugar, da aplicação pura do *critério temporal*, de modo que prevaleceria a norma editada posteriormente, seja ela do Regimento Interno ou da lei estadual. A lógica, nesse ponto, seria idêntica à que preside a análise do conflito entre o tratado e a lei ordinária no direito brasileiro, submetido à regra *lex posterior derogat legi priori*, desde que não relacionado ao tema dos direitos humanos³⁴⁵. Já o segundo critério tem o enfoque centrado no princípio *democrático*: ao ser reconhecida a possibilidade de que Regimento e lei estadual disciplinem o tema, teria de ser afirmada, à luz dos princípios fundamentais que devem informar a interpretação da Constituição Federal, também a *preferência da lei estadual*, editada pelos representantes do povo, de modo que as leis estaduais prevaleceriam sobre as disposições regimentais na hipótese de conflito. Tal critério é sustentado hoje por parcela da doutrina administrativista com relação à competência do Presidente da República, após a entrada em vigor da EC nº 32/01, para dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (CF, art. 84, VI, 'a'), que, segundo se afirma, não teria afastado o âmbito normativo da lei em sentido formal³⁴⁶.

Os dois critérios sugeridos, porém, apresentam aspectos negativos. O critério temporal, por um lado, torna factível um cenário de conflito institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo, com severos riscos para a segurança jurídica. Com efeito, no caso de divergência quanto à melhor disciplina a ser conferida ao procedimento recursal, haveria uma sucessão infundável de normas a serem editadas através dos Regimentos Internos e das leis

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 654-655, em que se afirma que tal tese recebeu respaldo do Supremo Tribunal Federal no clássico julgamento do RE nº 80.004/SE, de 1977. Não se ignora que, com relação aos tratados pertinentes aos direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha assinalado, nos últimos anos, o *status* supralegal do direito internacional após incorporado ao direito interno, mas, a rigor, tal ponto escapa dos limites deste trabalho.

³⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 169 e segs.

estaduais para que a última disposição, na linha do tempo, prevalecesse. Já o critério democrático, de outro lado, acaba por conferir ao Regimento Interno o *status* de norma apenas supletiva da lei estadual: enquanto omissivo o legislador do Estado, caberia ao Regimento dispor sobre o tema; sobrevindo, porém, a disposição legal, perderia a eficácia, no ponto, o Regimento Interno. Em última análise, assim, tal critério sugere que o procedimento recursal esteja submetido às normas gerais federais, às normas específicas contidas em leis estaduais e, por fim, às normas específicas de natureza supletiva previstas no Regimento Interno dos Tribunais. Ao relegar a âmbito tão restrito as disposições regimentais, tal critério não se ajusta bem à teleologia que inspirou o constituinte originário na instituição da competência normativa prevista no art. 96, I, 'a', da Constituição Federal, com um perfil textual inovador diante do histórico constitucional brasileiro, em claro sinal de prestígio à autonomia dos Tribunais.

Neste cenário, e diante das críticas a que qualquer opção teórica estaria sujeita, a solução que consegue conciliar, da melhor forma possível, a nova competência constitucional normativa dos Regimentos Internos dos Tribunais (CF, art. 96, I, 'a') com a preservação de um mínimo de uniformidade nacional na disciplina do procedimento recursal (CF, art. 24, XI) parece ser a que reconhece, por um lado, a competência da União para editar normas gerais, mas que defere a previsão de regras específicas às disposições regimentais, de forma que o Regimento Interno substitua o papel exercido pelas leis estaduais na sistemática ortodoxa da competência concorrente. Além desses méritos, tal posição fornece o embasamento teórico mais harmonioso com a interpretação conferida em uníssono pela doutrina ao art. 35 da Lei nº 6.380/80, cujo texto institui a possibilidade de dispensar a remessa dos autos ao revisor nas apelações derivadas de execuções fiscais³⁴⁷: como afirmam renomados autores³⁴⁸, o veículo normativo hábil a exercer a opção por dispensar a revisão em tais casos consiste no Regimento Interno de cada Tribunal, e não na lei estadual, em evidente exercício de competência normativa de conteúdo específico a respeito do procedimento recursal. E, além disso, é essa mesma lógica que subjaz à permissão para que os Regimentos Internos dos

³⁴⁷ Lei nº 6.380/80, Art. 35 - Nos processos regulados por esta Lei, poderá ser dispensada a audiência de revisor, no julgamento das apelações.

³⁴⁸ A orientação é acolhida por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 657; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 297; e PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47, que cita também a opinião de DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, vol. III, Salvador: Podium, 2009, p. 533.

Tribunais, na ausência de norma geral na legislação federal, instituam regras específicas sobre os critérios de desempate na deliberação colegiada, conforme reconhece a doutrina³⁴⁹.

Ressalte-se, por fim, que, como toda atuação normativa em um Estado Democrático de Direito, também a elaboração dos Regimentos Internos tem de observar os valores básicos da publicidade e da participação popular, devendo ser oportunizada a intervenção das entidades representativas dos agentes que atuam junto ao Poder Judiciário – como advogados privados e públicos, defensores públicos e membros do Ministério Público – na atividade de elaboração das normas regimentais. Com efeito, se é reconhecido um domínio normativo próprio para o Regimento Interno na disciplina do procedimento recursal, os diretamente atingidos por tal disciplina devem ter meios eficazes de participação democrática no processo de elaboração de tais normas jurídicas, já que, como se sabe, a forma de investidura dos juízes nos Tribunais de segunda instância não é imediatamente resultante de qualquer espécie de “batismo democrático”.

E, como se verá no Capítulo seguinte, a verdade é que tal solução não põe fim à necessidade de que, na análise das disposições relativas à “Ordem dos Processos no Tribunal” no Código de Processo Civil, sejam identificadas aquelas que guardam sintonia com o parâmetro das normas de natureza geral, únicas para as quais a União detém competência legislativa, a fim de que se assegure o domínio próprio, neste tema, ao Regimento Interno dos Tribunais, de acordo com o art. 96, I, ‘a’, da Constituição Federal.

2.2.2. O perfil das normas do CPC: as delegações remissivas

Há, como visto, um complexo sistema normativo instituído pela Constituição Federal a respeito do direito processual civil, e com particular obscuridade quanto às fontes formais do procedimento recursal da apelação. Antes que se avance, porém, para o estudo das sucessivas etapas que compõem o procedimento completo do recurso, faz-se necessário examinar uma questão teórica específica que, ainda no campo das fontes, tem surgido com progressiva expressão no cenário processual nacional.

A Constituição Federal, em seu art. 22, I, define como competência da União a disciplina do direito processual. À luz de tal dispositivo, todo o conteúdo tipicamente

³⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 675.

processual da relação jurídica formada entre as partes e o juiz tem de estar contido necessariamente na lei ordinária federal, pois é esse o veículo normativo com que a União se desincumbe da competência legislativa instituída no referido dispositivo constitucional. Foi com base nessa premissa, a bem da verdade bastante singela, que se construiu, no tópico acima, o esquema das fontes que podem interferir no procedimento dos recursos, de acordo com a interpretação sistemática dos arts. 22, I, 24, XI, 93, *caput*, 96, I, 'a', 125, § 1º, e 103-B, todos da Constituição Federal. A rigor, porém, basta um exame ainda que superficial do CPC para que se constate que nem sempre as disposições processuais editadas pela União guardam sintonia com essa premissa.

Não são poucas, com efeito, as normas do Código de Processo Civil que revelam um conteúdo muitas vezes vago e aberto, sem adentrar nas minúcias que se fariam necessárias para a respectiva aplicação casuística. Exemplo de enunciado com tal viés pode ser extraído do art. 183, *caput*, parte final, do Código, ao tratar da justa causa como motivo para o afastamento da preclusão temporal. A referida cláusula consubstancia conceito indeterminado, a ser preenchido pelo aplicador da lei à luz do caso concreto, sem que de sua redação, ainda que complementada pela disposição do § 1º do referido artigo, já se faça possível extrair uma previsão fática objetivamente delimitada *a priori*³⁵⁰. Como se viu mais acima, no tópico relativo à contenção do arbítrio no julgamento colegiado, são verdadeiramente inevitáveis, nos dias que correm, a previsão de normas de conteúdo mais aberto e flexível, corporificando princípios jurídicos ou regras compostas por conceitos jurídicos indeterminados, e isso mesmo no domínio do direito processual.

Outras disposições do CPC, porém, se caracterizam por um fenômeno similar, mas particularmente diverso, e que constitui o objeto central deste tópico. É que o caráter aberto das normas do Código, ao invés de conclamar o aplicador para diretamente concretizar-lhes o sentido, em grande medida tem sido instituído com a finalidade de representar uma transferência de poder normativo aos Regimentos Internos dos Tribunais, de modo que tais instrumentos desenvolvam e esmiúcem o conteúdo das normas processuais. Configuram, assim, normas editadas pela União com a finalidade precípua de remeter a disciplina parcial dos institutos processuais ao conteúdo de outros atos normativos, e cuja constitucionalidade tem sido objeto de questionamentos na doutrina processual. Tal fenômeno, que interfere também no procedimento recursal, revela-se presente em uma multiplicidade de disposições,

³⁵⁰ CPC, Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

de que são exemplos o art. 18 da Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/06)³⁵¹, o art. 10 da Lei da Súmula Vinculante (Lei nº 11.417/06)³⁵², o art. 20 da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/09)³⁵³, e, no Código de Processo Civil, o § 4º, parte final, do art. 265, a respeito do procedimento das exceções nos Tribunais³⁵⁴, os §§ 1º e 2º do art. 482, sobre a intervenção de entidades no julgamento do incidente de declaração de inconstitucionalidade³⁵⁵, o art. 533, a respeito do procedimento dos embargos infringentes³⁵⁶, o art. 540, no que pertine aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento do recurso ordinário dirigidos ao STF e ao STJ³⁵⁷, os §§ 5º e 6º do art. 543-A, o *caput* e os §§ 4º e 5º do art. 543-B, e os §§ 4º e 9º do art. 543-C, relativos ao julgamento dos recursos extraordinários sob o regime da repercussão geral³⁵⁸ e ao recurso especial repetitivo³⁵⁹, o § 4º do art. 544, em sua nova redação, quanto ao julgamento dos agravos em recurso especial e extraordinário³⁶⁰,

³⁵¹ Lei nº 11.419/06, Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências.

³⁵² Lei nº 11.417/06, Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³⁵³ Lei nº 12.153/09, Art. 20. Os Tribunais de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

³⁵⁴ CPC, Art. 265. Suspende-se o processo: (...) III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; (...) § 4º No caso do no III, a exceção, em primeiro grau da jurisdição, será processada na forma do disposto neste Livro, Título VIII, Capítulo II, Seção III; e, no tribunal, consoante lhe estabelecer o regimento interno.

³⁵⁵ CPC, Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

³⁵⁶ CPC, Art. 533. Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal.

³⁵⁷ CPC, Art. 540. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.

³⁵⁸ CPC, Art. 543-A. (...) § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (...) Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (...) § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

³⁵⁹ CPC, art. 543-C. (...) § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. (...) § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

³⁶⁰ CPC, Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (...) § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe

o parágrafo único do art. 546, quanto ao procedimento dos embargos de divergência³⁶¹, o art. 548, a respeito da distribuição nos Tribunais³⁶², e, por fim, o art. 1.059, no que toca à habilitação incidental instaurada nos Tribunais³⁶³.

Dentre tais disposições há normas de conteúdo exclusivamente procedimental, de que é exemplo o art. 533, a respeito dos embargos infringentes. Em tais casos, na realidade a competência normativa dos Regimentos Internos já decorreria do esquema traçado no tópico anterior, para a edição de normas locais sobre o procedimento recursal, sendo que, na realidade, a vagueza e a indeterminação do CPC apenas representam uma maior abertura de espaço para que os Estados disciplinem o tema com maior margem de autonomia (CF, art. 24, § 3º). Mas essa afirmação não responde, de outro lado, a alegação de inconstitucionalidade de disposições que, como o § 5º do art. 543-A e o art. 543-B do CPC, deferem competência normativa aos Regimentos Internos para que disponham sobre conteúdo essencialmente processual, reservado, ressalte-se, ao domínio da lei federal pela Constituição (CF, art. 22, I), e delegável aos Estados apenas através de lei complementar (CF, art. 22, parágrafo único)³⁶⁴. Com efeito, enquanto, no primeiro caso, o Regimento Interno configura ato normativo primário, cuja competência normativa é definida na própria Constituição Federal (CF, art. 96, I, 'a'), nesta última hipótese sua natureza é de ato normativo secundário, eis que baseado na disposição legal federal que lhe conclama a agir.

A doutrina tradicional, mesmo antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, já havia sinalizado favoravelmente a essa atuação normativa secundária dos Regimentos Internos, desde que presente a remissão expressa na lei federal³⁶⁵. Por detrás desse fenômeno reside o reconhecimento, em certa medida, de que a uniformidade inerente à disciplina

provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

³⁶¹ CPC, Art. 546. É embargável a decisão da turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno.

³⁶² CPC, Art. 548. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.

³⁶³ CPC, Art. 1.059. Achando-se a causa no tribunal, a habilitação processar-se-á perante o relator e será julgada conforme o disposto no regimento interno.

³⁶⁴ CF, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

³⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 66: "Além das questões de ordem interna, os regimentos podem conter normas supletivas da legislação processual, desde que entrelaçadas à marcha do serviço interno, ou quando houver remissão da norma de processo às regras regimentais, para que estas preencham a área em branco do preceito legal. Tanto o Cód. de Proc. Penal (arts. 560, 618, 628, 638, 666 e 667) como o Cód. de Proc. Civil (arts. 146, I, 869 e 1.049) adotam esse sistema".

privativa do direito processual pela União pode não apresentar virtudes, ao afastar a atividade de elaboração das normas em abstrato da realidade concreta em que, no cenário regional, suas disposições serão aplicadas: sob esse ângulo, as disposições do Regimento, ao desenvolverem o conteúdo processual da lei federal, aproximariam a atividade de criação das normas da realidade local³⁶⁶. Mas também preside tal técnica a lógica de que os Tribunais, ainda que sem o apelo do regionalismo, são melhores capacitados para dispor sobre minúcias da disciplina de alguns institutos do processo civil, em função não só do conhecimento da realidade concreta da atividade jurisdicional, mas também da possibilidade de alteração e adaptação mais veloz das normas assim editadas, em aplicação do método da tentativa e erro, sem que se tenha de percorrer novamente todo o processo legislativo formal no Congresso Nacional.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, as regras do processo civil federal são editadas pela Suprema Corte americana, por força de disposição contida no chamado *Rule Enabling Act*, de 1934³⁶⁷. De acordo com o modo como o sistema opera atualmente, as modificações na legislação processual são redigidas por um Comitê composto por juízes, advogados e professores de direito. Após debate com sugestões públicas, as recomendações são encaminhadas à Suprema Corte, que tem o poder de promulgar as novas regras, que se tornam eficazes depois de um período dentro do qual o Congresso tem a oportunidade de avaliá-las e, eventualmente, rejeitá-las, o que, embora possível em teoria, não se reflete na prática norteamericana. Por detrás desse complexo sistema também reside a compreensão de que a Suprema Corte, como parte do Poder Judiciário, está melhor adaptada a captar os problemas concretos da disciplina legal do processo civil, podendo reagir com agilidade através da reforma das regras em vigor³⁶⁸.

A primeira crítica que tem sido feita a tal fenômeno, à luz da Constituição Federal de 1988, reside em um possível desrespeito ao procedimento específico exigível para a edição de

³⁶⁶ Nesse sentido, cf. GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 30: “Essa necessidade de flexibilização e adaptação das regras processuais às contingências locais tem sido introduzida na própria lei federal, através de dispositivos que muitas vezes outorgam aos tribunais, através dos seus regimentos internos, ou à própria lei de organização judiciária, a complementação do regime da legislação federal. É o que tem ocorrido, por exemplo, com as novas disposições sobre a informatização do processo judicial, que vem sendo implantada no País em ritmos diversos nas justiças estaduais, na justiça federal e na justiça do trabalho (V. especialmente a Lei nº 11.419/2006)”.

³⁶⁷ Rules Enabling Act, 28 U.S. CODE § 2072: (a) The Supreme Court shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrate judges thereof) and courts of appeals. (b) Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right. All laws in conflict with such rules shall be of no further force or effect after such rules have taken effect. (c) Such rules may define when a ruling of a district court is final for the purposes of appeal under section 1291 of this title.

³⁶⁸ Sobre o tema, cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual – disputing systems in cross-cultural context*, New York: New York University Press, 2005, p. 11; LOGAN, Patrick E. *Congress, the courts, and the long range plan*, *The American University Law Review*, vol. 46, 1997, p. 640; e CARRINGTON, Paul D. “Substance” and “procedure” in the rules enabling act, *Duke Law Journal*, nº 2, vol. 1989, 1989, p. 281-327.

leis delegadas (CF, art. 68)³⁶⁹, dada a transferência de poder normativo aos Regimentos³⁷⁰. As leis delegadas, a princípio, podem dispor sobre processo, desde que não interfiram na organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, na carreira e nas garantias de seus membros (CF, art. 68, §1º, I)³⁷¹. Na verdade, porém, a crítica não prospera, pois o mecanismo da lei delegada tem destinatário especial, e inconfundível com qualquer outro sujeito: o Presidente da República, que deve provocar, para tanto, o Congresso Nacional³⁷². Além disso, a lei delegada atua em verdadeira substituição à lei formal, como ato normativo primário, ainda que sujeito a controle, pelo Congresso, quanto ao respeito aos limites do ato de delegação³⁷³. Tanto do ponto subjetivo como objetivo, portanto, o mecanismo do art. 68 não se confunde com o fenômeno ora analisado.

A segunda crítica, e de viés muito similar, consiste em reputar que a remissão aos Regimentos Internos, pela lei processual, representaria um descumprimento do parágrafo único do art. 22 da Constituição, que exige lei complementar para que os Estados-membros sejam autorizados a dispor sobre matérias de competência legislativa privativa da União³⁷⁴. Mas também aqui se aplica a distinção de viés objetivo apontada logo acima: enquanto o parágrafo único do art. 22 da Constituição se dirige a permitir que, tal como já ocorreu com relação ao piso salarial³⁷⁵, a lei estadual atue *primariamente* onde caberia à lei federal fazê-lo,

³⁶⁹CF, Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

³⁷⁰ Nesse sentido, v. GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 39-40: “Isso serve para mostrar que a lei processual, em alguns casos, transfere para o regimento interno dos tribunais a disciplina do processo de certas causas ou de certas fases do processo e que, portanto, nos casos em que ocorrer tal delegação, não só os membros dos tribunais vão ficar obrigados a respeitar as regras estabelecidas no regimento interno, mas as próprias partes também deverão observá-las, como se regras legais fossem. Com isso, o chamado princípio da legalidade, na sua antiga acepção de que o Estado só pode fazer aquilo que a lei permite, em matéria de direito processual, em que pese ser este um ramo do direito público, está mitigado. Em regra, as delegações de lei somente poderiam ocorrer para a edição das chamadas *leis delegadas* (Constituição, art. 68)”.

³⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, Campinas: Millennium, 2000, p. 61.

³⁷² SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 319, afirmando que a única modalidade de delegação legislativa, na Constituição Federal de 1988, é a deferida ao Chefe do Poder Executivo.

³⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 231, afirmando que “a lei delegada é um ato primário, derivado de pronto da Constituição, embora condicionado”.

³⁷⁴ CF, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

³⁷⁵ Conferir, sobre o ponto, o inteiro teor da Lei Complementar Federal nº 103/00, que “Autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22”, *verbis*: “Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. § 1º A autorização de que

a natureza das disposições regimentais, nas hipóteses ora analisadas, são de viés *infralegal*, concretizando o conteúdo previsto na legislação processual.

A partir dessas premissas se alcança a conclusão de que o Regimento Interno, quando atua por expressa remissão da lei federal processual³⁷⁶, não representa modalidade de lei delegada (CF, art. 68) ou autorizada (CF, art. 22, parágrafo único), de vez que ato normativo secundário. Na realidade, e como tem reconhecido a doutrina do direito administrativo em hipóteses substancialmente similares, o caso mais se aproxima do regime da *delegação remissiva*³⁷⁷, e que não representa, de forma absoluta, uma quebra do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II).

Com efeito, a última crítica que ainda subsiste à remissão, pela lei, ao desenvolvimento de seu conteúdo pelo Regimento Interno consiste na violação ao próprio inc. I do art. 22 da Constituição Federal, combinado com certa interpretação do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II): se a Constituição reclama lei federal para dispor sobre processo, seria inválido qualquer ato *infralegal* que, mesmo se conclamado para tanto, desenvolvesse seu conteúdo, pois assim invadiria o âmbito exclusivo da lei. Mas essa leitura do princípio da legalidade não subsiste mais, na atualidade, nem mesmo em nenhum outro campo do direito público.

De fato, mesmo no campo do direito tributário e do direito penal já se reconheceu a possibilidade de que a lei formal não esgotasse minuciosamente o conteúdo dos comandos normativos, chancelando-se a validade de atos *infralegais* que desenvolvessem o seu teor. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi categórica ao afastar o vício de inconstitucionalidade, no direito tributário, no julgamento da validade das leis que disciplinam o Salário-Educação³⁷⁸ e o Seguro de Acidente de Trabalho³⁷⁹, e, no âmbito do direito penal,

trata este artigo não poderá ser exercida: I – no segundo semestre do ano em que se verificar eleição para os cargos de Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Deputados Estaduais e Distritais; II – em relação à remuneração de servidores públicos municipais. § 2º O piso salarial a que se refere o *caput* poderá ser estendido aos empregados domésticos. Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação”.

³⁷⁶ Novamente, não está em jogo, neste tópico, a competência normativa dos Regimentos Internos fundada diretamente na Constituição, de acordo com o art. 96, I, ‘a’, do texto constitucional, caso em que se reveste da natureza de ato normativo primário, conforme já analisado anteriormente.

³⁷⁷ A distinção, com base na lição de García de Enterría, entre os fenômenos da lei delegada (delegação receptícia), remissão (delegação remissiva) e deslegalização é extraída da obra de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agências reguladoras (descentralização e deslegalização)*, In: *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 216-219, sendo que, às p. 217, assim descreve a delegação remissiva: “A delegação remissiva, ou simplesmente remissão, consiste na, assim dita, remessa pela lei a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo emoldurado pela própria lei remetente. Seu exercício pelo delegatário não esgota nem consome a delegação remissiva, que poderá ser por ele alterada ou revogada a qualquer tempor, ainda porque o Poder Legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma delegada”.

³⁷⁸ TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À LEI N.º 9.424/96. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE, EM FACE DA EC 01/69, VIGENTE QUANDO DA EDIÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 1.422/75, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, CONSAGRADO NOS ARTS.

com relação às normas penais em branco³⁸⁰. No direito administrativo, a Suprema Corte igualmente reconheceu a possibilidade de que as agências reguladoras editassem atos normativos secundários observando os parâmetros substanciais da lei de regência, na linha do *leading case* proferido com relação à lei da ANATEL (Lei Geral de Telecomunicações, art. 19, inc. IV e X)³⁸¹.

153, § 2.º, E 178, E AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DELEGAÇÃO DE PODERES, PREVISTO NO ART. 6.º, PARÁGRAFO ÚNICO. ALEGADA CONTRARIEDADE, AINDA, AO ART. 195, I, DA CF/88. CONTRIBUIÇÃO QUE, DE RESTO, FORA REVOGADA PELO ART. 25 DO ADCT/88. Contribuição que, na vigência da EC 01/69, foi considerada pela jurisprudência do STF como de natureza não tributária, circunstância que a subtraiu da incidência do princípio da legalidade estrita, não se encontrando, então, na competência do Poder Legislativo a atribuição de fixar as alíquotas de contribuições extratributárias. O art. 178 da Carta pretérita, por outro lado, nada mais fez do que conferir natureza constitucional à contribuição, tal qual se achava instituída pela Lei n.º 4.440/64, cuja estipulação do respectivo quantum debeat por meio do sistema de compensação do custo atuarial não poderia ser cumprida senão por meio de levantamentos feitos por agentes da Administração, donde a fixação da alíquota haver ficado a cargo do Chefe do Poder Executivo. Critério que, todavia, não se revelava arbitrário, porque sujeito à observância de condições e limites previstos em lei. A CF/88 acolheu o salário-educação, havendo mantido de forma expressa -- e, portanto, constitucionalizado --, a contribuição, então vigente, a exemplo do que fez com o PIS-PASEP (art. 239) e com o FINSOCIAL (art. 56 do ADCT), valendo dizer que a recepcionou nos termos em que a encontrou, em outubro/88. Conferiu-lhe, entretanto, caráter tributário, por sujeitá-la, como as demais contribuições sociais, à norma do seu art. 149, sem prejuízo de havê-la mantido com a mesma estrutura normativa do Decreto-Lei n.º 1.422/75 (mesma hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota), só não tendo subsistido à nova Carta a delegação contida no § 2.º do seu art. 1.º, em face de sua incompatibilidade com o princípio da legalidade a que, de pronto, ficou circunscrita. Recurso não conhecido. (RE 269700, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2001, DJ 23-05-2003 PP-00032 EMENT VOL-02111-08 PP-01736)

³⁷⁹ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido. (RE 343446, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 04-04-2003 PP-00040 EMENT VOL-02105-07 PP-01388)

³⁸⁰ HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI 8.137/90, COMBINADO COM O INCISO II DO § 6º DO ART. 18 DA LEI Nº 8.078/90. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIVIDADE DO PRODUTO. REAJUSTAMENTO DE VOTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA USO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida. (HC 90779, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-02 PP-00244)

³⁸¹ “COMUNICAÇÕES - LEI GERAL Nº 9.472/97 - CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão” (ADI 1668 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127). Do dispositivo do acórdão extrai-se o seguinte item, de especial relevância para o presente tópico: “(...) 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a

Em suma, mesmo em campos especialmente sensíveis aos direitos fundamentais, como o direito penal e o direito tributário, reconhece-se a possibilidade de que atos infralegais atuem em desenvolvimento do conteúdo da legislação, afastando a compreensão rígida do princípio da reserva de lei formal. E na base desta orientação reside a lógica de que determinadas autoridades administrativas possuem um conhecimento técnico especializado sobre algumas matérias setoriais, que as habilitam a reagirem com mais propriedade e com mais rapidez aos desafios surgidos diante da insuficiência do marco regulatório em vigor, pondendo alterá-lo com mais flexibilidade. Ora, também essa razão se faz presente, em alguma medida, no que toca ao processo judicial, pois é inegável que os membros dos Tribunais sejam dotados de uma ótica própria sobre os problemas práticos observados no desenrolar de um processo judicial. Há, assim, também uma *expertise* a ser reconhecida no Poder Judiciário, não para lhe reservar um âmbito normativo próprio alheio a qualquer interferência da lei³⁸², mas sim, pelo contrário, para lhe reconhecer a possibilidade de atuar de modo infralegal *quando a própria lei assim o determinar*. E não é por outra razão, como visto acima, que a tradição normativa do direito processual civil federal norteamericano, de longa data, já defere poderes normativos à Suprema Corte, também fundada no conhecimento técnico sobre a edição de regras processuais.

Se, portanto, não há motivo para rejeitar, em abstrato, todo e qualquer poder regulamentar deferido pela lei federal, em matéria de processo, aos Regimentos Internos³⁸³, a questão que remanesce consiste aferir, como ressalta a doutrina publicista, se a delegação remissiva levada a cabo pelo legislador veio acompanhada, em cada caso, do estabelecimento de uma densidade normativa mínima a informar a atuação infralegal dos Tribunais³⁸⁴. É assim que se exige, para a validade da delegação remissiva, a fixação dos chamados *parâmetros inteligíveis* por parte do legislador, de forma que possam pautar e limitar a atuação normativa

competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Min. Moreira Alves, que o indeferia (...)"

³⁸² O art. 96, I, 'a', da Constituição Federal não está em jogo neste tópico, já que objeto de análise anteriormente.

³⁸³ Como ressalta Alexandre dos Santos de Aragão, com base nas lições de Santiago Dantas e Caio Tácito, o fato de a Constituição deferir expressamente poder regulamentar para o Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, IV, parte final) não impede que a lei o faça com relação a outras autoridades, justamente o que se passa com relação ao Regimento Interno dos Tribunais em matéria processual (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 381).

³⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 327: "A questão primária em relação ao poder regulamentar não é determinar a sua possível extensão, mas sim definir qual a densidade normativa mínima a sua base legal deve ter para que seja consentânea com o Estado Democrático de Direito e com a natureza subordinada dos regulamentos administrativos".

do órgão delegado, seguindo a linha da Suprema Corte norte-americana ao estabelecer a denominada “*intelligible principles doctrine*”³⁸⁵.

Em tese, esse raciocínio, que justifica a validade de leis processuais que atribuem poder normativo para que, sobre o tema, disponham os Regimentos Internos, poderia ser estendido também à hipótese de a Constituição Estadual prever margem para que o legislador estadual amplie a competência dos Tribunais de Justiça. Já se viu mais acima, porém, que o Supremo Tribunal Federal rejeitou essa possibilidade, sob o fundamento de que a redação do art. 125, § 1º, primeira parte, da Constituição Federal exigiria que a disciplina da competência dos Tribunais estaduais seja colocada de modo exaustivo na Constituição Estadual³⁸⁶. Este precedente, assim, poderia ser visto como um óbice à tese ora sustentada, uma vez transposta a mesma interpretação levada a cabo pela Corte Suprema para a disposição do art. 22, I, da Constituição Federal: ao delimitar que cabe à lei federal a disciplina do processo, o constituinte teria exigido que toda a matéria fosse por ele minudenciada de forma exaustiva, sem espaço, ressalvado o já examinado parágrafo único do dispositivo constitucional, para margem de concretização a ser deferida ao Regimento Interno dos Tribunais. Mas a verdade é que as situações são sutilmente distintas.

Com efeito, e em primeiro lugar, o legislador estadual não detém a *expertise* que, como visto acima, justifica a delegação remissiva aos Tribunais, para que editem seus Regimentos Internos. E, ademais, a Constituição Estadual é definida, no sistema constitucional, como o texto fundante da ordem jurídica dos Estados-membros, e nisso se

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo decreto nº 2.745/98*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 310; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 330-1: “Nos EUA, onde também havia forte setor doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as leis com tal (baixa) densidade normativa seriam inconstitucionais por constituírem delegações de poderes legislativos, a Suprema Corte, apesar de ainda haver reações de alguns autores e de algumas Cortes estaduais, acabou se firmando, como expõe JOHN H. REESE, no sentido de ‘ser proibida apenas a transferência ilimitada de poderes. Normalmente, a transferência limitada advém da linguagem utilizada na lei autorizando a Administração a editar normas apropriadas para cumprir as finalidades assinaladas na lei. A transferência de poderes normativos também pode estar implícita na linguagem legislativa, ainda que não haja atribuição normativa expressa’. WILLIAM F. FUNK explica: ‘o Congresso legisla e a Administração executa as leis; para que a Administração execute as leis, estas leis devem conter um princípio claro (intelligible principle) para guiar a Administração, já que, do contrário, a Administração estaria legislando por conta própria. Recentemente, a Suprema Corte teve a oportunidade de reafirmar a sua posição no caso *Whitman v. American Association Inc.*, em que, apesar da posição adotada pelo Tribunal recorrido pela inconstitucionalidade da lei atributiva de largos poderes normativos, considerou constitucional disposição legal que atribuiu poder normativo para ‘estabelecer padrões de qualidade do ar, cuja observância seja necessária para proteger a saúde pública’. A Corte Federal recorrida havia decidido que a lei não continha um ‘intelligible principle’ porque dela não se poderiam deduzir as quantidades de poluentes que seriam aceitáveis. A Suprema Corte, contudo, entendeu, com base em diversos precedentes análogos, que do termo ‘saúde pública’ decorria um princípio suficientemente claro (‘public health’ provided a sufficiently intelligible principle)’”.

³⁸⁶ “Compete à Constituição do Estado definir as atribuições do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição da República. Essa competência não pode ser transferida ao legislador infraconstitucional. Ação julgada precedente para excluir da norma do art. 108, VII, *b*, da Constituição do Ceará a expressão ‘e de quaisquer outras autoridades a estas equiparadas na forma da lei’” (ADI 3.140, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-5-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007).

inclui, por definição, a delimitação do âmbito de atuação da cúpula dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma a estabelecer uma relação harmônica entre suas atribuições. Essa harmonia seria quebrada se, como represália ao conteúdo das decisões judiciais, pudesse o legislador estadual, pela vontade das maiorias políticas ocasionais suficientes à edição de leis ordinárias, subtrair determinadas matérias do exame do Tribunal de Justiça, através, por hipótese, da modificação da competência para julgar mandados de segurança contra atos praticados por determinada autoridade, rementendo-a, por derivação lógica, à primeira instância. Esse risco só se faria presente, como se vê, se negado o *status* constitucional das competências dos Tribunais de Justiça, a reclamar, para que sejam feitas alterações, a edição de Emendas à Constituição Estadual. Esses dois fundamentos, portanto, parecem desautorizar a importação, para o tema ora em análise, da lógica que inspirou o julgamento da ADIn nº 3.140 pelo Supremo Tribunal Federal.

Em suma, é legítimo, à luz da Constituição Federal, tal como vem sendo interpretada pelo Supremo Tribunal Federal, a remissão, pela lei federal, a que o Regimento Interno desenvolva o conteúdo de normas tipicamente processuais, desde que na base dessa delegação remissiva existam *parâmetros inteligíveis*, de modo a orientarem a atuação dos Tribunais na edição de suas disposições regimentais com o resguardo do núcleo dos princípios democrático e da legalidade.

3. O PROCEDIMENTO RECURSAL ORDINÁRIO

No capítulo anterior foram explicitadas e discutidas as razões subjacentes ao julgamento colegiado dos recursos. Lá, como visto, identificou-se como objetivo de tal paradigma de procedimento a promoção de valores como o *reforço da cognição judicial*, a preservação em grau elevado da *independência dos julgadores* e, ainda, a *contenção do arbítrio individual*. Foram apontados, na sequência, diversos fatores de ordem formal e informal que influenciam diretamente o comportamento dos juízes em órgãos colegiados.

Levando isso em conta, no presente capítulo pretende-se analisar pormenorizadamente o modo como esses mesmos valores se refletem – ou deveriam se refletir – nas sucessivas etapas e nas diversas exigências formais eleitas pela lei para a prática de cada ato do procedimento recursal ordinário nos Tribunais. Como matéria-prima para esta análise figurará o procedimento definido pelo CPC e pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para o recurso de apelação, além das normas contidas a esse respeito no Projeto de Novo Código de Processo Civil na versão aprovada pelo Senado Federal em 2010. Paralelamente, este mesmo objeto será posto em xeque à luz das garantias fundamentais do *contraditório participativo* (CF, art. 5º, inc. LV), *do juiz natural* (CF, art. 5º, incs. XXXVII e LIII), da *independência* e da *imparcialidade dos julgadores* (CF, art. 95), *da publicidade dos julgamentos e atos processuais* (CF, art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX), *da duração razoável dos processos* (CF, art. 5º, inc. LXXVIII) e *da motivação das decisões judiciais* (CF, art. 93, inc. IX), que constituem os valores tocados mais de perto pela disciplina do procedimento recursal no Brasil, sem prejuízo de que outras garantias sejam objeto de menção pontual no curso do texto.

A organização do capítulo se pauta pela correspondência com o desenrolar do procedimento ordinário dos recursos, tendo por base normativa, na essência, os arts. 547 a 565 do Código de Processo Civil, que tratam da “Ordem dos Processos no Tribunal”. Por opção metodológica, foram excluídos da análise os atos processuais praticados pelo juiz do primeiro grau de modo a viabilizar que a apelação alcance o Tribunal, como, por exemplo, a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões (CPC, art. 518, *caput*), o juízo inicial de admissibilidade do recurso (CPC, art. 518, *caput* e § 2º), inclusive com eventual aplicação da polêmica súmula impeditiva de recursos (CPC, 518, § 1º), e, ainda, a remessa dos autos à instância superior. Tal corte se justifica pela pouca afinidade que tais atos revelam com a realização das finalidades do julgamento colegiado dos recursos, porquanto constituem etapas

meramente embrionárias para o procedimento recursal a ser realizado nos Tribunais³⁸⁷. Também é necessário desde logo ressaltar que o presente capítulo não cuidará dos incidentes possíveis de se manifestarem excepcionalmente no julgamento do recurso de apelação, seja o de declaração de inconstitucionalidade das leis (CPC, arts. 480 a 482), seja o de uniformização de jurisprudência (CPC, arts. 476 a 479), seja, ainda, o de afetação de julgamento (CPC, art. 555, § 1º), privilegiando-se, assim, as etapas verdadeiramente ordinárias do procedimento nos recursos³⁸⁸.

Deste modo, a seguir serão examinadas, nesta ordem, a distribuição dos recursos entre os órgãos que compõem os Tribunais, o papel do relator no julgamento colegiado, a figura do revisor, a intimação e a definição da pauta das sessões, o regime da sustentação oral, a mecânica da deliberação colegiada e, por fim, a elaboração do acórdão e a intimação das partes de seu respectivo teor.

3.1. A distribuição dos recursos nos Tribunais

Como espécie de atos do poder público, a tramitação dos recursos nos Tribunais é cercada por um regime de ordem formal, de oficialidade, a fim de conferir segurança aos atos praticados e permitir que, no futuro, o caminho percorrido possa ser reconstruído no intelecto dos interessados. Todos esses aspectos são viabilizados pela autuação, isto é, pela formação dos autos do processo, entendidos como tais o conjunto de atos formais escritos que incorporam para fins de registro os atos processuais praticados. Determina o art. 547 do CPC³⁸⁹, para tanto, que o registro³⁹⁰ dos autos dos recursos nos Tribunais tem de ser feito no

³⁸⁷ É inegável, por certo, a relevância do ato de apresentação de contrarrazões, na medida em que imprescindível – mas não suficiente, como se verá no curso da exposição – para o exercício efetivo da *garantia fundamental do contraditório participativo* (CF, art. 5º, LV) na instância recursal por parte do recorrido. A relevância de tal ato, porém, não afasta a constatação de que se trata de etapa essencialmente embrionária do procedimento recursal ordinário nos Tribunais, realizado na instância inferior, da mesma forma como os demais atos referidos.

³⁸⁸ A respeito de tais incidentes, conferir as lições de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 04 e segs.; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 782-3 e 947 e segs.; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 328-355; e PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 69-98.

³⁸⁹ CPC, Art. 547. Os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição. Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau.

³⁹⁰ Segundo Moniz de Aragão, o registro tem a finalidade precípua de subsidiar a estatística judiciária (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 333).

dia de sua chegada, impondo à secretaria da Corte a verificação da numeração das folhas e, o que é mais importante para o tema, “ordená-los para distribuição”.

Essa atividade preparatória, portanto, tem por objetivo tomar todas as providências necessárias para que possa ser percorrido, na sequência, o curso normal do procedimento recursal, que se inicia pela distribuição do recurso³⁹¹. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dispõe o art. 22, I, do Regimento Interno que a autuação dos feitos em matéria civil deverá ser realizada com a inclusão dos autos em uma das dezoito classes processuais ali previstas, fazendo-se a distribuição segundo a classe e observando-se numeração própria para cada feito também conforme a respectiva classe³⁹². Quando houver recurso interposto após a autuação inicial, como, por exemplo, agravos regimentais, será mantida a numeração inicial do feito, mas com a anotação, na capa, do respectivo registro³⁹³. Mas quando a própria impugnação original for conhecida, pelo órgão julgador, como se fosse de outra espécie, por força da aplicação, por exemplo, do princípio da fungibilidade dos recursos, será determinada a remessa dos autos para registro da ocorrência, com o posterior encaminhamento do feito ao 1ª Vice-Presidente do Tribunal para que seja compensada a distribuição de acordo com a classe processual definitiva³⁹⁴.

Realizadas tais providências, portanto, o ato seguinte consiste na distribuição do recurso. Representa ela uma decorrência do fato de existir mais de um órgão jurisdicional dotado de idêntica competência, de modo que se faz preciso definir a qual deles se atribuirá o conhecimento da causa. É nessa linha que dispõe, textualmente, o art. 251 do Código de Processo Civil no que toca aos processos em primeiro grau de jurisdição, afirmando necessária a distribuição quando “*houver mais de um juiz ou mais de um escrivão*”³⁹⁵. No

³⁹¹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 760; e PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 17.

³⁹² RITJRI, Art.22 - Os processos da competência dos Órgãos do Tribunal serão distribuídos por classes e numerados em série distinta para cada classe, na ordem de apresentação à Secretaria do Tribunal, observando-se na classificação, a seguinte nomenclatura: I - no cível: - ação popular; - ação rescisória; - agravo de instrumento; - agravo regimental; - apelação cível; - arguição de inconstitucionalidade; - conflito de atribuições; - conflito de competência; - duplo grau obrigatório de jurisdição; - exceção de impedimento ou suspeição; - mandado de injunção; - mandado de segurança; - medida cautelar; - pedido de intervenção; - reclamação; - representação por inconstitucionalidade; - representação; - restauração de autos; II - no crime: (...).

³⁹³ RITJRI, Art.22. (...) § 2º - Quando o recurso ou incidente puder ser identificado com referência aos processos originários ou aos recursos já interpostos, como no agravo regimental, na arguição de inconstitucionalidade, na uniformização da jurisprudência e nos embargos infringentes, permanecerá a numeração já existente, anotando-se a ocorrência na capa e no correspondente registro.

³⁹⁴ RITJRI, Art.22. (...) § 1º - Decidindo o Órgão Julgador conhecer de um recurso por outro, far-se-á, no Serviço de Autuação, em conformidade com o decidido, a anotação no registro existente e o novo registro do processo, antes da remessa deste ao 1º ou ao 2º Vice-Presidente, para regularizar e compensar a distribuição.

³⁹⁵ CPC, Art. 251. Todos os processos estão sujeitos a registro, devendo ser distribuídos onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão.

campo dos recursos, a distribuição impõe-se também por conta da pluralidade de membros que compõem os órgãos jurisdicionais, a fim de que se defina a qual, dentre eles, incumbirá exercer o papel de relator do recurso.

Seja pela pluralidade de órgãos³⁹⁶, seja pela pluralidade de membros, portanto, a distribuição se fará presente no Brasil como etapa inicial do procedimento recursal nos Tribunais – e não só do ordinário, ressalte-se, porquanto igualmente imprescindível para que se coloque em prática o julgamento monocrático dos recursos, a cargo do relator. Importante inovação neste tema foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, calcada no cenário da inclusão da duração razoável do processo no rol das garantias fundamentais expressamente previstas na Constituição (CF, art. 5º, LXXVIII). Com efeito, e para combater prática presente em Tribunais estaduais, que chegavam a represar a distribuição de recursos em até três anos de atraso³⁹⁷, a referida Emenda incluiu o inc. XV no art. 93 da Constituição Federal, determinando que a distribuição, em todos os graus de jurisdição, seja feita de forma imediata³⁹⁸. Evita-se, com isso, que sejam falseados os números do volume de processos aguardando julgamento em cada órgão jurisdicional, permitindo-se, ainda, às partes a ciência sem demoras de quem será o relator – e, eventualmente, o revisor – do recurso em que figurem como interessadas.

3.1.1. Os princípios informadores da distribuição: publicidade, alternatividade e sorteio

A disciplina da distribuição dos recursos é definida, de forma um tanto quanto lacônica, pelo art. 548 do Código de Processo Civil, que remete o tema em linhas gerais para o que disponham os Regimentos Internos dos Tribunais³⁹⁹. Afirma o citado dispositivo, na essência, que as normas a serem instituídas pelos Regimentos Internos devem observar três

³⁹⁶ Nem sempre presente, como alerta Barbosa Moreira, ressaltando o que se passa nos casos de competência do órgão especial (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 650).

³⁹⁷ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20. Em sentido similar, v. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 651.

³⁹⁸ CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

³⁹⁹ CPC, “Art. 548. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio”. Com relação aos embargos infringentes, o próprio Código esmiúça de forma um pouco mais intensa o regime da distribuição, como previsto no art. 534, objeto de menção mais à frente no texto.

nortes conteudísticos: os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio, e que correspondem, na essência, à conjugação das garantias fundamentais da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX) e do juiz natural (CF, art. 5º, incs. XXXVII e LIII).

Na realidade, porém, o espaço deixado para o Regimento Interno nesse tema depende da resposta a uma questão prévia, consistente na indagação quanto à aplicabilidade aos recursos cíveis, de forma cogente ou apenas supletiva, dos dispositivos previstos no Código de Processo Civil para a regência da distribuição em primeiro grau (arts. 251 a 257). Com efeito, embora seja o Código especialmente omissivo no que toca aos recursos, traçou regime mais cuidadoso quanto ao ato de distribuição em primeiro grau, desenvolvendo-o em sete dispositivos, o que levou parcela da doutrina a sustentar que a remissão feita pelo art. 548 do CPC à competência normativa do Regimento Interno é restringida não só pelos princípios nele enunciados, mas também pela incidência dos arts. 254, 255 e 256, com as adaptações necessárias⁴⁰⁰. Mas a resposta a essa indagação depende da compreensão do significado do instituto da distribuição, que não se resume a uma única faceta.

Com efeito, Frederico Marques já havia atentado para tal ponto ao tratar do tema sob a égide da Constituição de 1946, ressaltando que a disciplina da distribuição, em primeiro grau, seria pertinente à competência legislativa estadual, pela edição de leis de organização judiciária, por se tratar de “assunto sobre a repartição de causa, entre os juízes, que interessa precipuamente aos Estados”⁴⁰¹, o que afastaria a incidência da lei federal. Em sentido diametralmente oposto, Moniz de Aragão, já sob a Constituição de 1988, afirma que a atuação das normas estaduais se daria de forma apenas supletiva, uma vez que o instituto da competência, ao qual se vincula a distribuição, estaria incluído na seara das leis federais de processo⁴⁰². A rigor, porém, o tema da distribuição tem de ser desdobrado em dois aspectos distintos, porquanto trata, a um só tempo, de matéria de procedimento e de competência

⁴⁰⁰ É a posição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 651, nos seguintes termos: “São aplicáveis nos tribunais as regras dos arts. 255 (onde ‘juiz’ é a autoridade competente nos termos regimentais) e 256, inerente ao princípio da publicidade. Também o é a do art. 254, com referência às causas da competência originária de tribunal”.

⁴⁰¹ MARQUES, José Frederico. *Organização judiciária e processo*, Revista de direito processual civil, ano I, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, p. 27.

⁴⁰² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 338, onde assinala, ao comentar o art. 252 do CPC, que “a José Frederico Marques se afigura que esse assunto ultrapassa os lindes do Código e interfere com a liberdade da lei local, que bem poderá optar por outro critério (até mesmo o da livre escolha das partes). A seu ver somente à Justiça Federal e ao distrito Federal e Territórios se aplicariam tais regras, que, nos Estados, seriam meramente supletivas. Não parece acertada sua opinião. As leis sobre processo competem ao Congresso Nacional e a distribuição é figura ancilar da fixação da competência, de sorte que supletiva há de ser a norma local, como está claramente expresso no art. 93. Cumpre não olvidar que a escolha do juízo também não é assunto apenas estadual, visto que envolve as garantias das próprias partes no que concerne ao seu juiz legal”.

interna dos órgãos do tribunal⁴⁰³. Por um lado, os requisitos formais para a prática dos atos de distribuição se inserem, na linha do que se viu mais acima, no campo do procedimento, submetendo-se às normas gerais federais e, nos recursos, às normas específicas definidas no Regimento Interno dos Tribunais. Porém, o conteúdo do ato de distribuição, por gerar um vínculo entre determinado órgão recursal e a impugnação a ser julgada e, ao mesmo tempo, afastar a competência *in concreto* de todos os demais órgãos que a possuiriam em abstrato, encerra tema vinculado à competência interna dos Tribunais, e, por isso, deve ser submetido exclusivamente à disciplina do Regimento Interno por força do art. 96, I, 'a', da Constituição Federal.

Assim, o art. 548 do CPC tem de ser entendido em seus devidos termos. Ao proclamar que a distribuição deve observar, em primeiro lugar, o princípio da publicidade, de índole procedimental, tal disposição, a bem da verdade, é de todo inócua, porquanto toda e qualquer norma do Regimento Interno dos Tribunais tem de se pautar necessariamente pelas garantias fundamentais do processo, como didaticamente afirma o art. 96, I, 'a', do texto constitucional, no que se inclui a garantia fundamental da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX). Até poderia a lei federal, portanto, adentrar no tema para estabelecer normas gerais dotadas de conteúdo mais preciso, balizando a atuação do Regimento Interno, com amparo na competência constitucional que lhe foi conferida pelo art. 24, XI, da CF, mas limitou-se o legislador, no art. 548 do Código, a afirmar a incidência de uma garantia fundamental do processo de hierarquia constitucional. De outro lado, ao impor, paralelamente, os princípios da alternatividade e do sorteio, que dizem respeito não mais à forma do ato de distribuição, mas sim às diretrizes contedísticas para a atribuição do julgamento de um recurso a determinado órgão jurisdicional, o Código novamente incorreu em obviedade, apenas afirmando dois elementos componentes da garantia do juiz natural (CF, art. 5º, incs. XXXVII e LIII)⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Já apontando para a natureza procedimental das regras que disciplinam a distribuição, para com isso concluir pela sua inserção no âmbito do art. 24, XI, da CF, cf. BERMUDEZ, Sérgio. *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 21, 1994, p. 48, embora sem aludir expressamente também à faceta ligada ao instituto da competência.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, conferir a lição de LÓPEZ, María Luisa Escalada. *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Valencia: Tirant Lo Blach, 2007, p. 236-7, que, ao comentar os elementos componentes do juiz natural, assevera: “3º) *Predeterminación de la competencia orgánicamente concretizada u orgánico-organizativamente concretizada*: Supone la determinación específica y previa de qué órgano, dentro de los típicamente competentes desde un punto de vista orgánicamente abstracto, y de los competentes desde una perspectiva orgánicamente concreta, resulta definitivamente competente con exclusión de los mismo tipo y competencia, todo ello mediante un sistema de legal deducción previa. Atiende al supuesto de existencia, en una misma demarcación territorial, de una pluralidad de órganos isotípicos e isocompetentes desde un punto de vista objetivo, funcional y territorial y, mediante un sistema de legal deducción previa, concluye con la automática aplicación de las normas de reparto, normas infralegales, *secundum legis*, que conllevan la determinación de la competencia orgánicamente concretizada con anterioridad, generalidad y de forma aportadora de independencia”. Assim, uma vez que a alternatividade e o sorteio decorrem diretamente do conteúdo da garantia do juiz

Assim, duas conclusões se impõem. Em primeiro lugar, no que toca ao aspecto procedimental da distribuição dos recursos nos Tribunais, disse o Código menos do que poderia ter dito, ao apenas enunciar a incidência de garantia fundamental de qualquer modo já prevista na Constituição Federal – publicidade dos atos processuais –, relegando a matéria em sua quase totalidade ao campo das normas procedimentais específicas dos Regimentos Internos. Em segundo lugar, com relação às regras que balizam o conteúdo do ato de distribuição, a própria previsão do art. 548 do CPC deveria, em tese, ser tida por formalmente inconstitucional, porquanto cabe aos Regimentos Internos a disciplina da competência interna dos órgãos que compõem os Tribunais de segunda instância (CF, art. 96, I, 'a'), sem que possa a lei federal avançar nessa seara. Mas a verdade é que os princípios da alternatividade e do sorteio, enunciados no referido dispositivo, também já seriam extraíveis da Constituição por força da previsão da garantia do juiz natural. Deste modo, sob qualquer dos dois ângulos – procedimental e de conteúdo – através dos quais pode ser visualizado o instituto da distribuição nos Tribunais, o art. 548 do CPC não representa nada mais do que a explicitação didática de normas constitucionalmente já previstas.

Se o legislador federal, ao atentar para a distribuição nos recursos dirigidos aos Tribunais, optou por estabelecer regra particularmente omissa no art. 548 do CPC, não parece ser lícito ao intérprete desfazer tal escolha política pela descentralização normativa através da aplicação cogente das regras previstas na Seção I do Capítulo VI do Título V do Livro I do Código para a distribuição da primeira instância. Do contrário, mostrar-se-ia obscura a razão pela qual teria o legislador instituído a regra específica prevista no art. 548 do CPC, com expressa remissão à atuação normativa dos Regimentos Internos, já que aplicáveis, de qualquer modo, as regras previstas nos arts. 251 e segs. também à segunda instância, que esmiúçam em muitos pontos o tema da distribuição.

Deste modo, os arts. 251 e segs. do Código não podem ser aplicados à distribuição nos Tribunais naquilo em que tocarem nos aspectos procedimentais de tal ato e, ainda, no que for pertinente à definição *in concreto* do órgão competente para o julgamento de determinada

natural, não é possível conceber diferença de relevo entre o art. 548 e o art. 252 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: “Art. 252. Será alternada a distribuição entre juízes e escrivães, obedecendo a rigorosa igualdade”. Desta forma, em ambas as distribuições deve ser observado o critério do sorteio, por decorrência direta da garantia do juiz natural. Em sentido contrário, realçando a diferença diante da ausência de menção do termo “sorteio” no art. 252, conferir a lição de ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 338: “Essa distribuição há de ser alternativa, ou seja, um juiz recebe o primeiro feito distribuído, o seguinte o segundo, até que, encerrado o número, volta-se ao primeiro, recomeçando, e assim, sucessivamente. Outra qualquer forma infringiria a lei. Diversa é a solução prevista para os juízos superiores, onde a distribuição será feita mediante sorteio (art. 548), muito embora se tenha de respeitar a alternatividade”.

impugnação. Algumas ressalvas se impõem, porém. Em primeiro lugar, o art. 254 do CPC⁴⁰⁵ aplica-se à segunda instância por uma razão singela: trata-se de norma de conteúdo processual, e não procedimental ou mesmo ligado à competência interna. Com efeito, se é a lei processual que impõe a procuração como condição para que o advogado atue em juízo (CPC, art. 37, primeira parte), subordinando a isso a existência processual *ou jurídica* de todo e qualquer ato por ele praticado (CPC, art. 37, parágrafo único)⁴⁰⁶, naturalmente somente a própria lei processual poderia fixar as hipóteses excepcionais em que tal regra pode ser afastada, de modo que o referido dispositivo se aplica forçosamente também aos recursos. Já o conteúdo do art. 255⁴⁰⁷ decorreria, ainda que não previsto no Código, das regras previstas para o controle da competência absoluta no CPC (art. 113)⁴⁰⁸. Por fim, o art. 256⁴⁰⁹ revela um conteúdo também intimamente vinculado à garantia fundamental da publicidade, de hierarquia constitucional, razão pela qual seu comando também se estende, por força da própria Constituição, do art. 155, primeira parte, do Código⁴¹⁰ e do enunciado meramente didático do já referido art. 548, à distribuição nos Tribunais.

⁴⁰⁵ CPC, Art. 254. É defeso distribuir a petição não acompanhada do instrumento do mandato, salvo: I - se o requerente postular em causa própria; II - se a procuração estiver junta aos autos principais; III - no caso previsto no art. 37.

⁴⁰⁶ CPC, Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz. Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

⁴⁰⁷ CPC, Art. 255. O juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, corrigirá o erro ou a falta de distribuição, compensando-a.

⁴⁰⁸ No mesmo sentido dispõem os §§ 1º a 4º do art. 24 do RITJRJ: “Art. 24 - Na distribuição serão observadas as seguintes regras, além das contidas no art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias: I - os feitos da competência das Câmaras serão distribuídos proporcionalmente ao número de Desembargadores em efetivo exercício nos respectivos Órgãos; II - o Desembargador em exercício no Órgão Especial terá na Câmara a distribuição reduzida de metade, a título de compensação pela atividade administrativa e jurisdicional realizada naquele, devendo os Vice-Presidentes, na impossibilidade comprovada do uso do computador, comunicar ao Presidente do Órgão Julgador o número de feitos distribuídos aos respectivos integrantes como membros do Órgão Especial; III - Revogado; IV - não será feita distribuição ao Desembargador, para a função de Relator ou Revisor, nos 60 (sessenta) dias anteriores à data prevista para sua aposentadoria compulsória. V - Os Desembargadores em exercício na Presidência da Mútua dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro e na Comissão Especial para o Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ receberão no órgão jurisdicional a mesma distribuição prevista no inciso II, cabendo à Presidência do Tribunal de Justiça convocar Juízes de Entrância Especial sobre os quais recairá o complemento da distribuição, a fim de evitar ônus aos demais Desembargadores. § 1º - A infração a quaisquer regras da distribuição poderá ser conhecida de ofício ou mediante denúncia de qualquer das partes ou do Ministério Público. § 2º - Verificada a ocorrência de infração, o Relator ou o Órgão Julgador independentemente de acórdão, determinará o retorno dos autos à 1ª Vice- Presidência, se for matéria cível, ou à 2ª Vice-Presidência, se criminal, para redistribuição a outro Órgão Julgador, com posterior compensação. § 3º - A distribuição irregular não produzirá qualquer efeito, cancelando-se todas as anotações, inclusive eventual prevenção. § 4º - As 1ª e 2ª Vice- Presidências realizarão a cada três meses, rastreamento no sistema de distribuição, para identificar possíveis irregularidades”. Em sentido relativamente diverso, cf. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 23, que aduz, com base na lição de Sérgio Bermudes e Pontes de Miranda, que os casos de violação à distribuição são solucionados pela aplicação da “regra do art. 244, isto é: violado qualquer deles, reputa-se válida a distribuição, se alcançar o fim a que se destinam (imparcialidade e distribuição de trabalho)”.

⁴⁰⁹ CPC, Art. 256. A distribuição poderá ser fiscalizada pela parte ou por seu procurador.

⁴¹⁰ CPC, Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às

Pois bem. Ainda que feitas todas as ressalvas mencionadas acima quanto ao conteúdo normativo do art. 548 do CPC, será a partir dos três princípios nele enunciados que se pautará a organização da exposição do tema da distribuição a seguir.

Em primeiro lugar, a incidência da garantia fundamental da publicidade impõe um regime procedimental formal capaz de ensejar a fiscalização, pelas partes ou por quaisquer interessados, quanto ao ato processual de distribuição, a fim de controlar a observância da garantia do juiz natural⁴¹¹. Como leciona a doutrina, a publicidade dos atos processuais é o instrumento mais eficaz de controle da exação dos atos praticados pelo Judiciário, de modo a permitir que se crie o cenário de credibilidade e de confiança da sociedade na Justiça⁴¹². Sendo a distribuição capaz de pré-determinar o sucesso ou o fracasso de determinado recurso, conforme a orientação do colegiado ao qual caberá o julgamento, ou mesmo do relator, cuja influência sobre os demais membros na sessão é manifesta⁴¹³, compreende-se a preocupação do legislador em explicitar a incidência do princípio da publicidade sobre tal ato, ensejando a controlabilidade da respectiva colocação em prática. Assim, embora a própria Constituição Federal tolere a restrição da publicidade em prol da preservação do direito à intimidade e de outro interesse social relevante⁴¹⁴, em uma ponderação guiada pela proporcionalidade, a verdade é que essa mitigação não poderá, jamais, incidir sobre o próprio ato processual de distribuição: com efeito, não é concebível sequer cogitar de qualquer aspecto relacionado à intimidade ou a interesse social relevante no mero ato de vincular determinado feito à apreciação de um órgão judicial, de modo que, invariavelmente, a publicidade incidirá com toda a sua força.

A questão mais sensível que se levanta quando em pauta a publicidade dos atos processuais consiste na prática, comum na atualidade, da distribuição eletrônica nos Tribunais. Com efeito, a incidência do princípio da publicidade dos atos processuais obtinha terreno fértil ao tempo que se fazia, sob o Código de Processo Civil de 1939, a distribuição

partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

⁴¹¹ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 21, que menciona também, como finalidade da publicidade nesse ponto, a observância concreta do princípio da imparcialidade.

⁴¹² GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 266.

⁴¹³ Em igual sentido, ressaltando a relevância da definição do relator para a sorte do recurso, cf. ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 279; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV*, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 85.

⁴¹⁴ CF, art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

pela via manual, a partir da colocação em urnas de papéis com os números identificadores para serem sorteados pelo presidente do órgão colegiado, nos termos dos arts. 871 e 872 do diploma processual revogado⁴¹⁵. Hoje, porém, impera o sistema eletrônico, através de programas de informática meramente alimentados com os dados obtidos a partir dos registros do protocolo⁴¹⁶. Por um lado, tal sistema incrementa a objetividade na distribuição, tornando mais eficiente a administração da Justiça em comparação com o regime anterior, que acarretava custos administrativos e de pessoal. De outro, porém, a fragilização da publicidade decorre da impossibilidade de acompanhamento efetivo, *in loco* pelas partes ou por seus advogados, do ato de designação de determinado recurso à esfera de competência de um dos membros do Tribunal, na medida em que mero fruto do algoritmo já pré-definido pelo sistema eletrônico⁴¹⁷. Não basta, nesse ponto, aduzir que a simples disponibilização de monitor interligado ao sistema computadorizado, para acesso do público, supriria o alegado déficit de publicidade⁴¹⁸, pois a visualização, ainda que em tempo real, do *resultado* da distribuição não significa que se tenha explicitado o modo como aquela *atividade prévia* material de designação do julgador para o exame do recurso se realizou, e é justamente quanto a este antecedente, que permanece omitido sob as vestes de automatização do sistema eletrônico, nem sempre imune a manipulações, que se dirige a crítica garantística à luz da publicidade processual.

Nesse cenário, a única solução viável parece consistir em submeter o sistema de distribuição eletrônica a auditorias externas aleatoriamente agendadas, por agentes dotados de conhecimento técnico capaz de analisar a correção e a inviolabilidade do programa e dos

⁴¹⁵ CPC/39, Art. 871. Preparados os autos, ou verificada a dispensa do preparo, serão apresentados na primeira sessão de julgamento, ao Presidente da Câmara a que couber conhecer do recurso, sorteado o relator na fôrma do art. 872. Parágrafo único. Ao relator sorteado caberá julgar os incidentes que não dependam de acórdão e executar as diligências necessárias para o julgamento. Art. 872. A distribuição far-se-á de acórdão com o regimento interno do Tribunal, observados os seguintes princípios: I – distribuição obrigatória e alternada; II – quando fôrem dois ou mais os processos, a distribuição será feita, em público e antes de iniciada a sessão de julgamento, pelo presidente da Câmara a que couber conhecer do recurso. III – verificados os números de ordem dos processos, o Presidente os escreverá em papéis destacados, colocando-os na urna; em seguida, irá, por sorteio, distribuindo os que fôr retirando da urna, na ordem de antiguidade dos juízes que compuzerem a Câmara, ou turma. Parágrafo único. No caso de impedimento do juiz sorteado, o Presidente de novo distribuirá o feito, mediante compensação.

⁴¹⁶ O acolhimento do sistema eletrônico consta de forma expressa do parágrafo único do art. 23 do RITJRJ, *verbis*: “Art. 23 - A distribuição será obrigatória, alternada e feita em audiência pública previamente designada. Parágrafo único. Os processos serão apresentados aos 1º Vice-Presidente, em matéria cível, e 2º Vice- Presidente, em matéria criminal, para, mediante sorteio computadorizado, distribuí-los diretamente aos relatores, e, na impossibilidade comprovada do uso do computador, aos Órgãos Julgadores e, no Órgão Especial, aos relatores”.

⁴¹⁷ A crítica ao sistema eletrônico sob o ângulo da publicidade, sem desconsiderar os ganhos no que toca à promoção da alternatividade e do sorteio, consta também de ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 279-80.

⁴¹⁸ É o que sustenta PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 22.

dados que o alimentam⁴¹⁹. Assim, somente sob a perspectiva de controle externo é que a promessa de inflexibilidade e de objetividade do automatismo eletrônico poderá se transformar em realidade. Cabe preservar, ainda, a possibilidade de que qualquer das partes provoque, *sem* a necessidade de prévia motivação ou da demonstração de indícios de manipulação, a realização *in concreto* do controle técnico *a posteriori* sobre a higidez do ato de distribuição do recurso em que figure como interessados, pois os jurisdicionados não podem ter sobre seus ombros um ônus argumentativo, para demonstrar tal ou qual prejuízo, em função de sistema instituído em prol da própria eficiência na administração da Justiça e que provoca, como efeito colateral necessário, um grau de obscuridade no cumprimento das garantias fundamentais do processo.

A alternatividade e o sorteio, mencionados também pelo art. 548 do CPC, traduzem vetor em prol da equitativa distribuição do volume de trabalho entre os órgãos jurisdicionais integrantes do Tribunal, sem descurar que o ato concreto de designação do membro e do órgão colegiado aos quais caberá a apreciação do recurso seja guiada pela aleatoriedade, afastando a definição prévia por ato voluntário das partes ou dos ocupantes dos altos cargos diretivos das Cortes⁴²⁰. É a ideia de equilíbrio na atividade judicante que informa, por exemplo, as compensações na distribuição decorrentes do exercício de atividade administrativas por membros do Tribunal, como determinam os incs. I a V do art. 24 do RITJRJ⁴²¹, e, de outro lado, é principalmente a ideia de sorteio que impede a adoção de regimes similares ao que vigora na Itália com relação à Corte Constitucional, em que a designação do relator, para que conduza o processo desde o princípio, é feita de modo *ad hoc* pelo Presidente do órgão, conforme a afinidade do tema com a formação do juiz, e não por um

⁴¹⁹ É essa preocupação que inspira disposições como a contida no art. 24, §4º, do RITJRJ, *verbis*: “Art. 24 - Na distribuição serão observadas as seguintes regras, além das contidas no art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias: (...) § 4º - As 1ª e 2ª Vice- Presidências realizarão a cada três meses, rastreamento no sistema de distribuição, para identificar possíveis irregularidades”. No entanto, a norma peca ao não determinar a realização de auditorias por agentes externos ao próprio Tribunal, o que asseguraria a transparência pública.

⁴²⁰ Sobre os conteúdos decorrentes dos dois princípios, cf. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 22.

⁴²¹ RITJRJ, Art. 24 - Na distribuição serão observadas as seguintes regras, além das contidas no art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias: I - os feitos da competência das Câmaras serão distribuídos proporcionalmente ao número de Desembargadores em efetivo exercício nos respectivos Órgãos; II - o Desembargador em exercício no Órgão Especial terá na Câmara a distribuição reduzida de metade, a título de compensação pela atividade administrativa e jurisdicional realizada naquele, devendo os Vice-Presidentes, na impossibilidade comprovada do uso do computador, comunicar ao Presidente do Órgão Julgador o número de feitos distribuídos aos respectivos integrantes como membros do Órgão Especial; III - Revogado; IV - não será feita distribuição ao Desembargador, para a função de Relator ou Revisor, nos 60 (sessenta) dias anteriores à data prevista para sua aposentadoria compulsória. V- Os Desembargadores em exercício na Presidência da Mútua dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro e na Comissão Especial para o Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ receberão no órgão jurisdicional a mesma distribuição prevista no inciso II, cabendo à Presidência do Tribunal de Justiça convocar Juízes de Entrância Especial sobre os quais recairá o complemento da distribuição, a fim de evitar ônus aos demais Desembargadores. (...).

mecanismo prévio segundo regras objetivas, rendendo ensejo a críticas da doutrina processual italiana⁴²².

Segundo o Regimento Interno do TJ/RJ, compete ao 1º Vice-Presidente a distribuição dos recursos em matéria civil, conforme o já citado parágrafo único do art. 23, que para tanto conta com o auxílio administrativo da Secretaria do Tribunal⁴²³. Antes de fazê-lo, porém, cabe diretamente a ele promover uma espécie de abreviação do procedimento recursal, e que reflete prática que vem sendo adotada com certa desenvoltura nos Tribunais Superiores. Com efeito, o art. 28, *caput*, do Regimento Interno prevê competir ao 1º Vice-Presidente “*indeferir a distribuição de recursos (...) quando manifestamente inadmissíveis no que concerne à tempestividade, preparo e ausência de peças obrigatórias e, ainda, declarar a deserção e homologar pedidos de desistência ou renúncia*”, ao passo que o parágrafo único do dispositivo institui o cabimento de agravo regimental contra tal decisão, no prazo de cinco dias, que será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso cujo procedimento restou abreviado⁴²⁴.

Tal sistemática, que restou acolhida expressamente no cenário da repercussão geral e do recurso especial repetitivo, respectivamente, no Supremo Tribunal Federal⁴²⁵ e no Superior Tribunal de Justiça⁴²⁶, é de duvidosa constitucionalidade quando prevista no âmbito dos

⁴²² ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Ano 16, nº 48, 1996, p. 43: “La asignación de cada una de las cuestiones entre os magistrados constitucionales se hace, no de manera automática como sucede en otros países y también en Italia en el caso de la asignación de las causas entre los jueces ordinários, sino por obra del presidente de la Corte que, pasado el plazo para la personación de las partes, nombra a un magistrado para la instrucción y la preparación de la ponencia. Este sistema además de que aumenta de valor el papel del presidente de la Corte, há llevado en Italia a una especialización por parte de cada uno de los magistrados constitucionales, a los cuales se les asignan a menudo cuestines relativas a la misma materia o a matérias afines, com el riesgo de crear filones jurisprudenciales de un determinado magistrado y de socavar, en su base, el principio de la colegialidad de las decisiones”. A comparação, evidentemente, deve ser entendida com reservas, já que as funções exercidas pelas Cortes Constitucionais assumem um viés político que dificilmente se reflete em igual dimensão nos Tribunais de segunda instância.

⁴²³ RITJRJ, Art. 25 - A Secretaria certificará nos autos, antes da conclusão para a distribuição, os nomes dos Juízes que tenham proferido ato decisório no processo, em primeiro grau de jurisdição, bem como, sempre que lhe constar, o impedimento de qualquer membro do Tribunal, ou a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo antecedente, ou no art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias.

⁴²⁴ RITJRJ, Art. 28. Compete ao 1º Vice-Presidente indeferir a distribuição de recursos, bem como das ações e outras medidas de competência originária do Tribunal, quando manifestamente inadmissíveis no que concerne à tempestividade, preparo e ausência de peças obrigatórias e, ainda, declarar a deserção e homologar pedidos de desistência ou renúncia; e ao 2º Vice-Presidente decidir sobre pedidos de desistência de recurso, antes da distribuição. Parágrafo único. Da decisão caberá agravo regimental, no prazo de 05 (cinco) dias, ao órgão competente para julgamento do feito, procedendo-se, então, a distribuição.

⁴²⁵ RISTF, Art. 13. São atribuições do Presidente: (...) V – despachar: (...) c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal.

⁴²⁶ Resolução nº 03/08 do STJ, Art. 1º Compete ao Presidente, antes da distribuição: I – não conhecer de agravo de instrumento manifestamente inadmissível; II – negar seguimento a recurso especial manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal; III – dar provimento a recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal; IV – conhecer de agravo

Tribunais de Justiça. Com efeito, e em primeiro lugar, é possível vislumbrar vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que, como visto no Capítulo anterior, a jurisprudência tradicional da Corte Suprema não autoriza a instituição de competência decisória monocrática com fundamento exclusivo em disposição regimental, ainda que tal competência venha acompanhada da previsão de recurso para o órgão colegiado. Vale ressaltar que, do ponto de vista conceitual, nada distingue a atividade decisória atribuída ao relator das hipóteses em que se defira poder similar ao Presidente ou ao Vice-Presidente dos Tribunais: em ambos os casos, a rigor, tratar-se-á, sob o ângulo subjetivo, de julgamento monocrático de recursos, de modo que se mostra aplicável à hipótese a jurisprudência do STF antes referida sobre o tema. Na realidade, os casos em que se define o Presidente ou Vice-Presidente como agente dotado de poderes decisórios monocráticos possuem um agravante, diante do julgamento monocrático feito pelo relator, relacionado à garantia do juiz natural (CF, art. 5º, incs. XXXVII e LIII), na medida em que tomada a decisão antes mesmo da distribuição do feito no Tribunal, violando a literalidade do art. 93, XV, da CF⁴²⁷ e subtraindo a análise do feito da aleatoriedade inerente ao sorteio, por uma espécie de avocação conforme mais ou menos gritante se revele o defeito formal do recurso. Se, a bem da verdade, este último vício material atinge a sistemática em qualquer instância do Poder Judiciário, a inconstitucionalidade formal a que antes se aludiu não se configura no que toca aos poderes decisórios dos Presidentes do STF e do STJ, pois, quanto a eles, há lei federal de cunho processual que respalda, através de espécie de *delegação remissiva*, conforme já estudado no Capítulo anterior, o poder normativo do Regimento Interno, conforme se extrai, respectivamente, dos arts. 543-B, *caput*⁴²⁸, e 543-C, § 9º⁴²⁹, do Código de Processo Civil.

De qualquer modo, cabe ao Regimento Interno definir o modo como ocorrerá a vinculação de determinado feito a um dos membros julgadores componentes do Tribunal, concretizando os princípios da alternatividade e do sorteio. Com efeito, como os Tribunais são compostos por vários órgãos colegiados, que, por sua vez, são integrados por um número

de instrumento para: a) negar seguimento a recurso especial, na hipótese prevista no inciso II; b) dar provimento a recurso especial, na hipótese prevista no inciso III. § 1º O Presidente julgará embargos de declaração opostos contra as decisões que emitir. § 2º Interposto agravo regimental contra decisão emitida pelo Presidente, os autos serão distribuídos, observando-se o art. 9º do Regimento Interno.

⁴²⁷ CF, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

⁴²⁸ CPC, Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

⁴²⁹ CPC, art. 543-C. (...) § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

variável de desembargadores, são possíveis duas soluções distintas: em primeiro lugar, é possível que a distribuição tenha em mira inicialmente o órgão fracionário, para que, uma vez definido este, seja então fixado a qual de seus membros caberá a relatoria do recurso; de outro lado, e em segundo lugar, também é cogitável a solução oposta, de modo a definir diretamente o relator do recurso dentre todos os julgadores componentes do Tribunal igualmente competentes, o que acarretará a vinculação indireta também do órgão colegiado em que este atue. Há quem sustente, na doutrina, que o Código de Processo Civil de 1973 teria assumido posição no sentido de que a distribuição deva ser realizada necessariamente por essa segunda forma, por força de comparação entre a redação atual do Código e a que regia a matéria no diploma anterior⁴³⁰.

Com a devida vênia, porém, não há amparo legal para tal interpretação. Ao contrário, o próprio sistema constitucional de fontes normativas instituído pela Carta de 1988 já reserva este tema para o domínio dos Regimentos Internos dos Tribunais (CF, art. 96, I, 'a'), sendo que do art. 548 do Código não se extrai qualquer indício de que pretendesse o legislador processual de 1973 dispor para desde logo predeterminar o regime da distribuição, o que, de qualquer forma, deveria ser tido por não recepcionado após a nova ordem constitucional. Assim, cabe aos Regimentos definir a quem a distribuição será feita, sendo válido, por isso mesmo, o regime misto previsto nos arts. 23, parágrafo único, e 26, *caput*, do RITJRJ, que impõe a distribuição diretamente ao relator quando em operação o sistema informatizado, mas, quando impossibilitado o uso deste, prevê a distribuição ao presidente dos órgãos fracionários para que realizem nova distribuição dentre seus membros por sorteio, por evidentes razões pragmáticas diante do grande número de desembargadores que compõem o Tribunal – atualmente, cento e oitenta desembargadores⁴³¹.

⁴³⁰ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 279: “Ao contrário do que ordinariamente se imagina, a distribuição de que cogita o art. 548 não é ao órgão fracionário (v.g., à 1ª Câmara Cível). Distribui-se o recurso ou a causa ao Desembargador X ou ao Desembargador Y, nominalmente, respeitada a competência predeterminada do órgão fracionário. Em geral, a competência dos órgãos colegiados é *ratione materiae*, eventualmente *ratione personae* (v.g., figurando como parte pessoa jurídica de direito público), e tais disposições internas fixam a competência do magistrado na respectiva câmara, turma ou grupo de câmaras, conforme o número de juízes e a organização de cada tribunal. É verdade que o art. 872, II, do CPC de 1939 previa a remessa dos autos ao órgão fracionário e, nele realizar-se-ia a distribuição pelo presidente da câmara ‘a que couber conhecer do recurso’, antes de iniciada a sessão de julgamento dos fatos já anteriormente distribuídos. No diploma vigente, a regra consiste na distribuição ao desembargador e, só por decorrência, ao órgão fracionário no qual se encontra lotado”.

⁴³¹ RITJRJ, Art. 23 - A distribuição será obrigatória, alternada e feita em audiência pública previamente designada. Parágrafo único. Os processos serão apresentados aos 1º Vice-Presidente, em matéria cível, e 2º Vice-Presidente, em matéria criminal, para, mediante sorteio computadorizado, distribuí-los diretamente aos relatores, e, na impossibilidade comprovada do uso do computador, aos Órgãos Julgadores e, no Órgão Especial, aos relatores. (...) Art. 26 - Distribuídos os processos aos Órgãos Julgadores, comprovada a impossibilidade do uso do computador, os respectivos Presidentes procederão ao sorteio dos relatores (art. 23), em audiência, que, salvo regra especial em contrário, será pública e realizar-se-á imediatamente antes ou depois da primeira sessão de julgamento. (...).

Em determinadas situações, porém, é possível que os próprios critérios da alternatividade e do sorteio entrem em conflito. Com efeito, é comum a regra de que, havendo vacância de cargo no Tribunal, no período em que perdurar tal estado seja realizada a distribuição desconsiderando-se o membro faltante. Posteriormente, quando nomeado novo integrante, as distribuições que se seguirem são submetidas a regime especial, visando a equalizar o volume de trabalho entre todos os órgãos, através da compensação proporcional entre o excedente dos membros antigos com a lacuna deixada no período de vacância. Em tais hipóteses, a compensação é posta em prática através da alteração do fator probabilístico que, no sistema eletrônico, tem o papel de atrair o feito para a competência de cada um dos membros do Tribunal, de modo a aumentar o índice no que toca ao membro que não recebera a regular distribuição anteriormente, acompanhada da proporcional redução do índice relativo aos demais. Deste modo, e em termos diretos, aumenta-se a chance de que os recursos sejam distribuídos para o membro cujo acervo se deseja incrementar, até que, no decorrer do tempo, haja a equalização do volume de trabalho. Se em Tribunais compostos por grande número de julgadores tal sistemática é, por certo, quase imperceptível, em Cortes cuja composição é mais reduzida⁴³² o impacto pode ser considerável, com graves riscos à garantia do juiz natural. Com efeito, conforme tenha se prolongado no tempo o óbice à distribuição, é possível que a compensação potencialize em muito o índice favorável à distribuição para um julgador que já se saberá de antemão qual será, com riscos de manipulação de tal fator diante do critério do sorteio por litigantes interessados no direcionamento, o que deveria ser evitado por novas técnicas de compensação que não incorressem nas mesmas fragilidades, como, por exemplo, a manutenção da distribuição ininterrupta mesmo para o cargo vacante, com o rodízio da atuação tabelar entre os demais membros do Tribunal.

Ligada ao tema da alternatividade e do sorteio na distribuição reside, por sua vez, o regime da prevenção e da distribuição por dependência nos Tribunais. É que, a princípio, a conclusão necessária da aplicação de tais critérios seria a impossibilidade de pré-determinação, em função de feitos anteriores ou de atos anteriores praticados no mesmo processo, do órgão colegiado e do relator para a distribuição por dependência de determinado recurso, por tornar possível o conhecimento de antemão do juízo competente antes mesmo do

⁴³² Tal sistemática é adotada, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, composto, como se sabe, de onze membros, dos quais apenas dez, de regra, recebem distribuição regularmente, diante da exclusão do Ministro Presidente. Confira-se a redação do art. 67, *caput* e § 1º, do RISTF: “Art. 67. Far-se-á a distribuição entre todos os Ministros, inclusive os ausentes ou licenciados por até trinta dias, excetuando o Presidente. § 1º Não haverá distribuição a cargo vago e a Ministro licenciado ou em missão oficial por mais de trinta dias, impondo-se a compensação dos feitos livremente distribuídos ao Ministro que vier assumir o cargo ou retornar da licença ou missão oficial, salvo se o Tribunal dispensar a compensação”. O argumento, contudo, não se restringe à Corte Suprema, incidindo também quanto aos Tribunais de segunda instância federais e estaduais cuja composição não assumam proporção numérica tão expressiva como a dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo.

ato formal de distribuição. Porém, como ressalta Barbosa Moreira, a verdade é que tais princípios podem ser parcialmente mitigados em prol da promoção da uniformidade de tratamento dos jurisdicionados e da eficiência na prestação jurisdicional, afastando o risco de decisões contraditórias quando em pauta recursos ligados por um forte vínculo de afinidade, para que sejam apreciados pelos mesmos julgadores⁴³³. Em outras palavras, e como todo e qualquer princípio, a alternatividade e o sorteio estão sujeitos a compressões em razão de valores contrapostos dotados de igual relevo, desde que, para tanto, o raciocínio subjacente às escolhas do legislador seja pautado pelo postulado da proporcionalidade.

Se, portanto, não pode ser reputada arbitrária a instituição de hipóteses de prevenção nos Tribunais, em razão inclusive dos mesmos motivos que a inspiram no que concerne aos processos em primeiro grau (CPC, art. 253)⁴³⁴, resta indagar quanto à sede própria para a previsão de normas com tal conteúdo. Com efeito, parcela da doutrina sustenta que as regras do Código de Processo Civil quanto à distribuição por dependência em primeiro grau se aplicariam forçosamente também aos Tribunais⁴³⁵. Como visto acima, porém, não se pode reconhecer tal espaço para a atuação da lei federal, sob pena de vulnerar a previsão do art. 96, I, 'a', da Constituição Federal, que confere aos Regimentos Internos dos Tribunais o poder normativo primário de disciplinar a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, de vez que a finalidade do instituto da prevenção é justamente prorrogar, ampliando-a, a competência *in concreto* de determinado órgão em razão de vínculo de afinidade entre feitos⁴³⁶.

⁴³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 651: “Não ofende o princípio da alternatividade a norma legal ou regimental que determinar sejam distribuídos ao mesmo órgão os diferentes recursos porventura interpostos contra uma só decisão, ou contra decisões proferidas num só processo, ou em causas que se relacionarem por conexão ou continência (v.g., art. 31, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro). São muitas as vantagens práticas, que tornam perfeitamente razoável o tratamento especial”.

⁴³⁴ CPC, Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda; III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento. Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

⁴³⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 340-1, que afirma que o art. 253 do Código se aplica “nos tribunais superiores, salvo o caso de a competência ter sido deslocada de um para outro (criação de tribunal de alçada, por exemplo). Tratando-se de normas ancilar da competência, não é de aplicação restrita aos juízes inferiores, nem seria de se admitir que os tribunais delissem a conexão de entre as razões de firmar competência de seus órgãos”.

⁴³⁶ Nesse sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 662, que, embora inicialmente ressalte o fundamento da disciplina do Regimento Interno na disposição do art. 548 do CPC, ao final arremata que a matéria da prevenção já estaria de qualquer modo incluída no domínio regimental por força da norma prevista no art. 96, I, 'a', da CF, *verbis*: “O que existe a esse respeito está nos *regimentos internos*: eles é que costumam definir as outras causas ou recursos a que se estenderá a prevenção do relator ou do revisor. Essa é uma matéria que a própria lei geral deixa a cargo de cada tribunal (CPC, art. 548), donde resulta que a disciplina das prevenções pode variar de um para outro, sem qualquer compromisso entre os tribunais por uma homogeneidade em relação a ela (mesmo entre tribunais do mesmo Estado). O poder de auto-governo, assegurado pela Constituição Federal, deixa-os livres para reger toda sua vida interna, inclusive as prevenções de seus próprios integrantes (art. 96, inc. I, letra a)”.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o balizamento do regime da prevenção e da distribuição por dependência decorre dos arts. 24, *caput*, e 29, VI, do Regimento Interno. Na realidade, porém, o primeiro dos dispositivos limita-se a fazer remissão⁴³⁷ ao § 1º do art. 33 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, e que enumera três hipóteses distintas de prevenção do *órgão julgador* para a distribuição de recursos futuros⁴³⁸, ao passo que o art. 29, VI, do RITJRJ, seguindo a mesma linha, faz remissão ao referido artigo do CODJERJ desta vez para estabelecer a prevenção do *relator*⁴³⁹. Em última análise, portanto, a essência do regime da prevenção do órgão julgador e do relator, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encontra-se não no Regimento Interno, mas sim em disposição do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei estadual (CF, art. 125, § 1º), e que a princípio, portanto, padeceria de inconstitucionalidade formal à luz do art. 96, I, 'a', do texto constitucional. Contudo, o argumento de inconstitucionalidade formal pode ser afastado pelo fato de a validade do art. 33, § 1º, do CODJERJ estar intrinsecamente condicionada às disposições do Regimento Interno que lhe fazem expressa remissão, e que, assim, acabam por incorporar indiretamente seu conteúdo normativo. Assim, o que fez o Regimento foi apenas utilizar a técnica de remissão ao invés de repetir o texto normativo contido na referida lei, fazendo uso da mesma lógica que preside a admissibilidade, conforme reconhece a jurisprudência da Suprema Corte, do controle de constitucionalidade no âmbito estadual à luz de normas da Carta Federal aos quais tenha sido feita mera remissão pelo Constituinte estadual, que, assim, passam a ser tidas como incorporadas também ao texto da Constituição do Estado-membro⁴⁴⁰.

⁴³⁷ RITJRJ, Art. 24 - Na distribuição serão observadas as seguintes regras, além das contidas no art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias: (...).

⁴³⁸ CODJERJ, Art. 33. (...) § 1º - Os Vice- Presidentes procederão à distribuição, observadas as seguintes regras, além das que contiver o Regimento Interno: I - se houver mais de um recurso contra a mesma decisão, serão todos distribuídos à câmara a que houver cabido a distribuição do Primeiro; II - ao grupo de câmaras ou câmaras isoladas a que houver sido distribuído, no curso de uma causa, recurso, conflito de competência ou de jurisdição, reclamação ou mandado de segurança ou 'habeas-corpus', serão distribuídos todos os outros, contra decisões nela proferidas; III - também serão distribuídos ao mesmo grupo de câmaras ou câmara isolada os feitos a que se refere o inciso II, em ações que se relacionarem por conexão ou continência, ou sejam acessórias ou oriundas de outras, julgadas ou em curso.

⁴³⁹ RITJRJ, Art.29 - O relator será escolhido mediante sorteio ou rodízio, na forma do arts. 23 e 24, salvo: (...) VI - nas hipóteses de que trata o art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias, em que o relator será o mesmo do recurso ou do feito anterior.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do STF, no qual o tema da incorporação de normas federais por disposições remissivas de Constituições Estaduais é analisado detidamente, *verbis*: "Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria CF, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da CF, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o *corpus* constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de

Por fim, ressalte-se que no ponto da prevenção é que consiste a única alteração prevista no regime da distribuição dos recursos no texto do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010. De fato, após repetir o exato teor do atual art. 548 (Projeto NCCPC, art. 885)⁴⁴¹, o Projeto institui regra específica de prevenção dos relatores nos Tribunais, ao afirmar, no art. 886, que “*o recurso de um dos litisconsortes torna prevento o relator para os interpostos pelos demais, na forma do regimento interno do tribunal*”. Embora louvável a proposta, guiada pela finalidade de preservar a homogeneidade de tratamento entre os jurisdicionados, a verdade é que o texto se revela passível de críticas por diversos ângulos. Em primeiro lugar, e de forma mais contundente, é difícil vislumbrar argumentos suficientes a afastar a pecha de inconstitucionalidade formal, na medida em que, como visto, cabe ao Regimento Interno dos Tribunais dispor sobre a competência de seus órgãos jurisdicionais, no que se inclui a fixação da prevenção dos membros que o compõem, sendo inválida, portanto, a invasão de tal domínio pela lei federal. De outro lado, ademais, e desconsiderando-se, por hipótese, o vício de inconstitucionalidade formal, o texto do Projeto é excessivamente restritivo na definição da prevenção, pois muitas outras hipóteses, a exemplo dos recursos interpostos em fases sucessivas no mesmo processo, também demandariam solução similar, eis que capazes de suscitar a mesma problemática à luz da isonomia que inspira o instituto da prevenção.

3.1.2. A questão da especialização temática dos órgãos julgadores

Vinculado ao tema da distribuição reside a questão da especialização temática dos órgãos recursais, de acordo com a competência em razão da matéria que lhes é atribuída pelo Regimento Interno de cada Tribunal. De fato, na base do instituto da distribuição, cuja faceta já se viu ser complexa, encontra-se a existência de pluralidade de órgãos com idênticas competências, de forma que se faz necessário definir qual deles deve apreciar, *in concreto*, determinado recurso. E é justamente no delineamento em abstrato do feixe de competências que a cada órgão cabe exercer, no ponto médio entre a busca por eficiência e a preservação da

confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo” (Rcl 10.500-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 18-10-2010, DJE de 26-10-2010).

⁴⁴¹ Projeto de Novo CPC, Art. 885. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.

imparcialidade, que se coloca a indagação acerca da intensidade da especialização temática dos órgãos fracionários nos Tribunais.

O cenário, no direito brasileiro, é bastante diversificado, como consequência natural do fato de a Constituição Federal ter deferido a cada um dos Regimentos Internos o poder de definir as competências dos órgãos que compõem os Tribunais de segunda instância (CF, art. 96, I, 'a'). Não é de todo raro, como se passa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que a delimitação da competência dos órgãos recursais seja feita em traços excessivamente generosos, de forma a que se distingam apenas as Câmaras com competência em matéria penal⁴⁴² e, de outro lado, em matéria cível⁴⁴³. Outros Tribunais, de que é exemplo o do Estado do Rio Grande do Sul, avançam para distinguir, de parte a matéria criminal, entre direito público e direito privado⁴⁴⁴, delimitando com maior precisão a temática dos respectivos órgãos. No extremo oposto ao do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça de São Paulo, além de distinguir a matéria, em linhas gerais, conforme se insira nos

⁴⁴² RITJRI, Art.8º - Compete às Câmaras Criminais: I - processar e julgar: a) os habeas corpus, quando o coator for Juiz ou Tribunal Criminal de Primeira Instância, Turmas Recursais do Juizados Especiais Criminais ou membro do Ministério Público Estadual; b) as reclamações contra Juízes e Tribunais criminais de primeira instância, quando não sejam da competência de outro Órgão; c) as exceções de suspeição opostas a Juízes criminais, quando não reconhecidas; d) os desaforamentos de processos sujeitos aos tribunais do júri; e) os conflitos de jurisdição entre Juízes criminais e entre estes e os Tribunais de primeira instância; f) os conflitos de competência entre a justiça comum e a militar estadual, entre os Conselhos de Justiça e auditores entre si, ou entre estes e aqueles, bem como os de atribuições entre autoridade administrativa e judiciária militar; g) os embargos infringentes e de nulidade; h) os mandados de segurança e os habeas data contra atos dos Juízes e Tribunais Criminais de primeira instância e, quando versando matéria criminal, dos membros do Ministério Público Estadual, também de primeira instância, salvo os atos dos Juízes dos Juizados Especiais Criminais ou de suas Turmas Recursais. II - julgar: a) os recursos contra decisões de Juízes e Tribunais de primeiro grau, inclusive os Conselhos de Justiça Militares e dos Juízes da Infância e da Juventude sobre medidas de proteção e sócio-educativas em decorrência de atos infracionais de crianças ou adolescentes (arts. 101, 105 e 112 da Lei 8069/90); b) os recursos contra decisões proferidas nos feitos de sua competência, pelo Presidente ou pelo relator; III - deliberar sobre deferimento ou indeferimento liminar do habeas corpus, no caso do art. 663 do Código de Processo Penal, em causas de sua competência; IV - executar, no que couber, suas decisões, facultada a delegação da prática de atos não decisórios a Juízes de primeiro grau.

⁴⁴³ RITJRI, Art.6º - Compete às Câmaras Cíveis: I - processar e julgar: a) os mandados de segurança e o habeas data contra atos dos juízes e membros do Ministério Público Estadual de primeira instância em matéria cível, salvo os dos Juízes dos Juizados Especiais Cíveis ou de suas Turmas Recursais; b) os mandados de segurança e habeas-data contra atos dos Secretários de Estado, dos Prefeitos da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores, do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, do Conselho Superior do Ministério Público, do Conselho Superior da Defensoria Pública, dos Procuradores-Gerais de Justiça e do Estado; c) as ações rescisórias de sentença dos Juízos cíveis, e os recursos das decisões que as indeferirem in limine; d) os embargos infringentes, e o recurso contra a decisão do Relator que não os admitir. e) as reclamações contra Juízes cíveis, quando não sejam da competência de outro Órgão, e as reclamações contra atos pertinentes à execução de seus acórdãos; f) os conflitos de competência entre Juízos cíveis; g) as exceções de impedimento e de suspeição, opostas a Juízes cíveis, quando não reconhecidas. II - julgar: a) os recursos contra decisões de Juízes do cível, inclusive contra sentenças que homologarem ou não laudos arbitrais, e dos Juízes da Infância, da Juventude e do Idoso em matéria cível, abrangendo as hipóteses previstas nos artigos 148, incisos III a VII, e parágrafo único e 149, todos da Lei nº 8.069/90 (ECA). b) em segunda instância, os processos obrigatoriamente sujeitos ao duplo grau de jurisdição; c) os recursos contra decisões proferidas nos feitos de sua competência, pelo Presidente ou pelo relator; d) os habeas corpus impetrados contra decisão que decretar a prisão civil do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentícia, do depositário infiel e do falido prevista no artigo 35 da lei de falências. III - executar os julgados nas causas de sua competência originária, facultada a delegação da prática de atos não decisórios a Juízes de primeiro grau.

⁴⁴⁴ RITJRS, Art. 9º. A Seção Cível é constituída pelas Turmas, pelos Grupos e pelas Câmaras Cíveis Separadas. Parágrafo único. A Seção Cível, em razão da matéria, subdivide-se em Seção de Direito Público e Seção de Direito Privado. (...) Art. 20. A Seção Criminal é constituída pelos Grupos Criminais e pelas Câmaras Criminais Separadas. Parágrafo único. A Seção Criminal, sempre que for conveniente, reunir-se-á, administrativamente, para uniformizar sua jurisprudência, editando súmulas.

ramos do direito criminal, privado e público⁴⁴⁵, promoveu a criação, nos termos do art. 34, § 1º, de seu Regimento Interno⁴⁴⁶, de duas Câmaras reservadas à apreciação de temas dotados de alto grau de especialidade: a Câmara Reservada à Falência e Recuperação e a Câmara Reservada ao Meio Ambiente⁴⁴⁷. Atualmente cogita-se ainda da criação de duas Câmaras Reservadas de Planos e Seguros de Saúde, em proposta até o momento não apreciada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁴⁸.

Há vantagens e riscos na especialização temática⁴⁴⁹. Por um lado, é evidente que, como em qualquer outra área de atuação humana, a delimitação de temas leva ao conhecimento mais aprofundado, incrementando a familiaridade do julgador com os problemas específicos de determinado tipo de conflito. Em última análise, além de aprimorar, assim, o conteúdo das decisões, a especialização também repercute no tempo despendido para a análise de cada caso, já que a produtividade do julgador naturalmente será mais significativa⁴⁵⁰.

De outro lado, a especialização temática também enseja riscos principalmente no que toca à garantia da imparcialidade, marcada pelo distanciamento do julgador com relação às partes e ao conflito de interesses. Um grau acentuado de especialização, com efeito, atua como fator facilitador de ‘captura’ de juízes temáticos pelos envolvidos em determinada espécie de litígio: se a solução de todos os feitos de um domínio específico do direito for

⁴⁴⁵ RITJSP, Art. 2º Compõem o Tribunal: (...) VII - as Seções Criminal, de Direito Privado e de Direito Público; VIII - as Turmas Especiais das Seções Criminal, de Direito Privado e de Direito Público; (...).

⁴⁴⁶ RITJSP, Art. 34. As Câmaras terão designação ordinal e cada uma será composta por cinco desembargadores. § 1º O Órgão Especial poderá criar câmaras temporárias, reservadas ao julgamento de determinadas matérias, preenchidas por designação, na forma do § 2º, sem prejuízo das funções exercidas nas câmaras de origem, e integradas à Seção de sua especialidade; poderá também criar câmaras permanentes, especializadas ou com especialização das já existentes, mediante proposta aprovada pela Seção correspondente, que serão providas por promoção, remoção ou permuta. § 2º Para as câmaras temporárias, a designação dos titulares e de três suplentes será feita pelo Presidente do Tribunal, depois de eleição pelo Órgão Especial dentre os candidatos previamente inscritos. § 3º Os suplentes substituirão os titulares, nos impedimentos e afastamentos, sucedendo-os, na vacância, observada a ordem da votação obtida.

⁴⁴⁷ Conforme informações disponíveis no site do Tribunal, a Câmara Reservada à Falência e Recuperação é composta de sete membros, ao passo que a Câmara Reservada ao Meio Ambiente é integrada por oito julgadores (disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/CamarasEspecializadas.aspx>; acesso em 24.jun.2011).

⁴⁴⁸ A proposta foi recentemente divulgada em <http://www.conjur.com.br/2011-ago-16/tj-sp-debate-criacao-duas-camaras-julgar-planos-seguros-saude>; acesso em 16.ago.2011.

⁴⁴⁹ Na Espanha, a discussão a respeito do tema gira principalmente em torno do princípio da legalidade, já que a instituição de competências especializadas para os órgãos colegiados dos Tribunais, naquele país, tem sido feita por ato infralegal, conforme narra LÓPEZ, María Luisa Escalada. *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Valencia: Tirant Lo Blach, 2007, p. 323 e segs. No Brasil, como já assinalado, a crítica sob o ângulo da inconstitucionalidade formal não se coloca com a mesma força, já que o art. 96, I, ‘a’, da CF atribui ao Regimento Interno o *status* de fonte formal de regras sobre competências dos órgãos jurisdicionais dos Tribunais.

⁴⁵⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 334: “É pena que não se estimule mais a especialização, inclusive nos tribunais, além do que vem sendo feito, pois em todas as profissões ela se tornou preocupação constante e fundamental. Afora a vantagem de se facilitar ao próprio juiz a sua atividade, que para o especialista é mais leve e por isso ele produz mais, proporciona maior rapidez no desfecho das causas”. No mesmo sentido, cf. BAUM, Lawrence. *Specializing the Courts*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 32.

reservada a um único grupo de tamanho reduzido de julgadores, cria-se um nicho de potencial aliciamento pelos chamados ‘litigantes habituais’, como grandes empresas cujas atividades sejam capazes de provocar mais rotineiramente o surgimento do tipo particular de conflito de interesses⁴⁵¹. Convém tomar, por hipótese, o exemplo da Câmara de direito ambiental de São Paulo: ao ser definido que todos os conflitos surgidos em matéria ambiental serão apreciados por um grupo de oito membros, delimitou-se com grande precisão o universo de possíveis julgadores da causa, facilitando que influências sejam exercidas através de eventos até mesmo de cunho cultural, como congressos jurídicos especializados para os quais sejam convidados os membros do Tribunal, tudo sob o patrocínio nem sempre revelado dos interessados na área. Influência também poderá ser exercida, e igualmente com facilidade, por advogados renomados na área, cujo contato pessoal com os juízes será potencializado em razão da restrição do número dos possíveis julgadores.

Cumprе ressaltar que o exemplo é estritamente acadêmico, formulado no plano abstrato e sem qualquer indício concreto de que tenha se refletido na realidade do Estado de São Paulo. De qualquer modo, a especificidade da criação de um único órgão para a solução de conflitos ambientais serve como motivo para que a especialização temática seja refletida não só como um fator de aprimoramento da prestação jurisdicional do ponto de vista da eficiência, mas também levando em conta que de seus efeitos sistêmicos podem advir, de outro lado, um risco grave para a imparcialidade dos julgadores, eis que a mitigação da generalidade, que marca a atuação dos juízes, pode aproximar em demasia a figura dos julgadores dos sujeitos interessados nos conflitos.

3.2. O papel do relator

Feita a distribuição, o passo seguinte no procedimento recursal ordinário é determinado pelo art. 549, *caput*, do Código de Processo Civil: a remessa dos autos do recurso, em até quarenta e oito horas, à conclusão do relator. Cabe a ele, segundo a redação da parte final do dispositivo, estudar os autos do processo para que possa devolvê-los, com seu

⁴⁵¹ Nesse sentido, cf. BAUM, Lawrence. *Specializing the Courts*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 02: “As advocates of generalist judges see it, the widely perceived advantages of specialization are accompanied by drawbacks. Specialization leads people to take a narrow perspective that limits and biases their understanding of the matters they address. Further, specialization makes judges more susceptible to external control or ‘capture’. By avoiding those drawbacks, the judiciary benefits the society it serves”.

“visto”, à secretaria, elaborando exposição acerca dos pontos controvertidos sobre os quais versar o recurso, como prega o parágrafo único do mesmo artigo, tudo com vistas à realização da deliberação colegiada na sessão de julgamento⁴⁵².

É com apenas essas duas normas – *caput* e parágrafo único do art. 549 – que o Código de Processo Civil de 1973 estabelece o regime jurídico da relevantíssima figura do relator. A afirmação, porém, tem de ser entendida em seus devidos termos. Na realidade, os poderes do relator são também disciplinados pelo art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, que prevêm as hipóteses de julgamento monocrático dos recursos. Mas o papel desempenhado pelo relator na aplicação desses dois artigos é, do ponto de vista conceitual, sensivelmente distinto. Com efeito, no exercício da competência regulada pelo art. 549 do Código, o relator funciona como um agente *preparador* da deliberação colegiada, conduzindo o procedimento até que tenham sido praticados todos os atos necessários para a realização da sessão de julgamento com a presença de seus pares. Em última análise, portanto, todo o leque de atribuições por ele assim exercidas é teleologicamente estruturado de modo a viabilizar o julgamento colegiado, que consiste no ato culminante do procedimento recursal ordinário, a ser estudado no momento oportuno. Quando, de outro lado, o relator faz uso da competência decisória prevista no art. 557 do Código⁴⁵³, sua atuação é sensivelmente distinta, já que desacompanhada de qualquer vinculação instrumental com um ato futuro na sequência do procedimento: ela mesma, a decisão do relator, porá fim desde logo ao procedimento recursal da apelação, abreviando-o⁴⁵⁴. A explicitação da diferença teleológica entre as duas atuações do relator é crucial para a compreensão do feixe de competências por ele exercido em cada hipótese, constituindo parâmetro de controlabilidade dos atos praticados em ambos os casos.

No presente item, e mantendo a coerência com o fio condutor do restante do Capítulo, será analisada exclusivamente a atuação do relator no procedimento recursal ordinário, como preparador da deliberação colegiada. Assim, logo a seguir será feita a exposição sucinta dos diversos atos a cargo do relator enquanto condutor do procedimento recursal, como a

⁴⁵² CPC, Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu "visto". Parágrafo único. O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.

⁴⁵³ Por certo, não é o art. 557 o único dispositivo legal em vigor, no ordenamento processual brasileiro, a prever a competência decisória monocrática dos relatores nos Tribunais. Apesar disso, representa ele a fonte normativa do julgamento monocrático quando exercido com relação aos recursos de apelação, daí porque a ele se faz contínua referência no texto.

⁴⁵⁴ Não se ignora que, após o julgamento monocrático, seja comumente interposto agravo interno para levar ao colegiado a apreciação da causa, o que, a princípio, afastaria o término do procedimento recursal no Tribunal de segunda instância. Porém, a verdade é que a remessa do feito ao colegiado através do agravo interno representa a inauguração de procedimento recursal distinto, inconfundível com aquele pertinente à apelação. Deste modo, a decisão monocrática com base no art. 557 tem o condão, sim, de pôr fim abreviadamente ao procedimento recursal em que proferida, inaugurando-se novo procedimento recursal, ainda que no mesmo Tribunal, quando posteriormente interposto o agravo interno fundado no art. 557, § 1º, do CPC.

produção de provas em segundo grau, a tutela de urgência nos recursos e o planejamento do procedimento nos casos em que omissa a lei. O ponto seguinte cuidará de examinar a função do relatório exigido pelo parágrafo único do art. 549 do CPC à luz da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), como via capaz de servir de instrumento para o cumprimento do chamado “dever de advertência” do julgador diante das partes. Por fim, será feito o exame crítico do déficit do procedimento recursal no que toca ao contato humano entre as partes e os julgadores, que se revela de modo mais forte na ausência de momento procedimental próprio para que se realize, antes do julgamento em sessão, uma audiência em segundo grau, dando espaço para a desformalização, na prática, do procedimento através de encontros unilaterais de cada uma das partes com o relator.

3.2.1. O relator como condutor do procedimento

A definição do membro do Tribunal ao qual caberá a relatoria de determinado recurso é fato de significativa influência sobre o resultado do julgamento. Por certo, essa influência se manifesta de forma mais evidente durante a sessão colegiada de julgamento: cabe a ele, segundo o regime procedimental do CPC, expor oralmente a seus pares a definição dos precisos contornos da questão jurídica a ser resolvida na impugnação, ao que se segue a prolação, também pelo relator, do voto inicial sobre a matéria, depois de feita a sustentação oral, quando cabível, pelas partes. A rigor, porém, e ainda que em grau distinto, mesmo antes desse momento culminante do procedimento o papel desempenhado pelo relator é de relevância ímpar.

Cabe a ele praticar todos os atos necessários para que o recurso assumira a condição de apto ao julgamento colegiado. Era expresso nesse sentido o Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 871, parágrafo único, afirmava caber ao relator “julgar os incidentes que não dependam de acórdão e executar as diligências necessárias para o julgamento”⁴⁵⁵. Como a reunião de todos os membros do colegiado demanda altos custos do ponto de vista temporal e administrativo, optou a lei por permitir que os atos anteriores ao julgamento fossem, de regra, praticados por um único julgador, como medida de economia e de celeridade na condução do

⁴⁵⁵ CPC/39, Art. 871. Preparados os autos, ou verificada a dispensa do preparo, serão apresentados na primeira sessão de julgamento, ao Presidente da Câmara a que couber conhecer do recurso, sorteado o relator na fôrma do art. 872. Parágrafo único. Ao relator sorteado caberá julgar os incidentes que não dependam de acórdão e executar as diligências necessárias para o julgamento.

procedimento. Gira em torno dessa cláusula aberta, assim, uma série considerável de competências⁴⁵⁶, composta tanto de atos de natureza meramente ordinatória quanto de atos com conteúdo tipicamente decisório, mas cuja variada natureza impede uma sistematização precisa do ponto de vista conceitual⁴⁵⁷. No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, as competências do relator são explicitadas pelo art. 31, *caput* e inc. I a VIII, que congrega, sem distinção, poderes relativos ao procedimento recursal completo e abreviado⁴⁵⁸.

Em primeiro lugar, na esfera de atribuição do relator se encontram atos subsumíveis à categoria dos despachos, e que, em certa medida, até resvalam no conceito de atos meramente ordinatórios, pois, em tese, independeriam de despacho quando praticados pelos auxiliares da justiça⁴⁵⁹. Configuram, assim, atos de impulsionamento do procedimento, de vez que através deles o relator provê a respeito do andamento do processo. Nessa espécie se insere a abertura de vistas às partes, que não se restringe à hipótese dos recursos interpostos diretamente no Tribunal *ad quem*, como ocorre com o agravo de instrumento (CPC, art. 527, V): ao contrário, nada impede que, uma vez remetidos os autos ao relator, pretenda o recorrente fazer uso do

⁴⁵⁶ O Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo senado em 2010, afirma competir ao relator, genericamente, “dirigir e ordenar o processo no tribunal” (Art. 888, inc. I).

⁴⁵⁷ A exposição que se segue teve por base, em linhas gerais, as obras de ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 291 e segs.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 651-4; CARVALHO, Fabiano Carvalho. *Poderes do relator nos recursos – art. 557*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 09 e segs.; MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. *Agravo interno*, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 137-9; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 401; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 29-35; e MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 21-2.

⁴⁵⁸ RITJ RJ, Art. 31 - Compete ao relator, além do estabelecido na legislação processual e de organização judiciária: I - ordenar e dirigir o processo, determinando as providências relativas ao seu andamento e instrução; II - submeter ao Órgão Julgador ou ao seu Presidente, conforme a competência, quaisquer questões de ordem relacionadas com o andamento do processo, apresentando-o em mesa para esse fim, no primeiro caso; III - decidir os incidentes que não dependerem de pronunciamento do Órgão Julgador, bem como fazer executar as diligências necessárias ao julgamento; IV - requisitar, se necessário, os autos originais dos processos que subirem ao Tribunal em traslado ou certidão, ou ainda outros cujo exame lhe pareça indispensável, determinando, se for o caso, a extração de cópias das peças relevantes e a restituição dos autos ao Órgão de origem, dentro dos 05 (cinco) dias subseqüentes; V - estudar os autos e elaborar o relatório, no prazo legal; VI - lavrar o acórdão com a respectiva ementa, salvo o disposto no art. 89; VII - expedir alvará de soltura nos casos determinados em lei e sempre que, por qualquer motivo, cessar a causa determinante da prisão; VIII - decidir sobre pedidos ou recursos que hajam perdido o objeto, ou negar seguimento aos manifestamente intempestivos, incabíveis, improcedentes, prejudicados ou contrários a súmulas do Tribunal ou dos Tribunais Superiores e apreciar as desistências de pedidos ou recursos, cabendo de tais decisões agravo inominado para o Órgão Colegiado competente (art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil); Parágrafo único - Poderá o relator proceder pessoalmente à instrução, presidir as diligências que ele ou o Órgão Julgador determinar, bem como delegar competência a Juiz de primeiro grau para colher ou dirigir provas, cabendo-lhe nomear o perito desde logo, se lhe parecer necessário, ou submeter a indicação à aprovação do Órgão Julgador.

⁴⁵⁹ A afirmação leva em conta o paralelo com a classificação dos pronunciamentos do juiz de primeiro grau segundo o art. 162, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil, *verbis*: “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabeleceu outra forma. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários”. Como se sabe, o art. 163 do Código de 73 é excessivamente sintético ao prever classificação dos atos jurisdicionais praticados nos Tribunais, ao aludir exclusivamente aos acórdãos, nos seguintes termos: “Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais”.

art. 517 do CPC, suscitando questão de fato não trazida no juízo inferior, acompanhada da respectiva prova documental, caso em que caberá ao relator, evidentemente, abrir vista, na sequência, ao recorrido para manifestação, por força do art. 398 do CPC⁴⁶⁰ e da garantia fundamental do contraditório participativo. Da mesma índole é a remessa dos autos, pelo relator, ao Ministério Público, para emissão de parecer nas hipóteses em que necessário à luz dos arts. 82 e 83, I, do CPC, aplicáveis por extensão também ao procedimento recursal⁴⁶¹, ou por força de norma prevista na legislação especial. Ou, ainda, quando o relator tem de determinar que as partes regularizem a respectiva representação, nos termos do art. 13 do CPC⁴⁶².

Relativamente distintos são os atos praticados pelo relator com um forte componente decisório, destinado a resolver ponto controvertido de fato ou de direito, com viés mais intenso do que o encontrado nos exemplos anteriores⁴⁶³ e cujo perfil, justamente por isso, melhor se amolda ao paralelelo com as decisões interlocutórias, segundo a redação do § 2º do art. 162 do CPC. Cabe ao relator, por exemplo, processar e julgar a exceção de impedimento ou suspeição contra o representante do Ministério Público, os serventuários de justiça, o perito e o intérprete (CPC, art. 138, § 2º)⁴⁶⁴. Seguindo essa linha, o Código de Processo Civil também confere ao relator a condução do procedimento do incidente de falsidade instaurado na instância recursal, conforme expressamente previsto no art. 393, parte final, do Código⁴⁶⁵,

⁴⁶⁰ CPC, Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

⁴⁶¹ Conforme opinião de ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 294.

⁴⁶² CPC, Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II - ao réu, reputar-se-á revel; III - ao terceiro, será excluído do processo.

⁴⁶³ Com efeito, e como reconhece parcela da doutrina, mesmo nos despachos há um componente de cognição que em grande medida se aproxima do encontrado nas decisões interlocutórias, ao menos quanto à verificação de “se o impulso processual por ele determinado é legalmente cabível e preenche os pressupostos que a lei estabelece”, residindo a regra de ouro para a solução dos casos limítrofes no critério do prejuízo juridicamente relevante, presente apenas nas decisões interlocutórias. Sobre o ponto, cf. GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 282-5.

⁴⁶⁴ CPC, Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135; II - ao serventuário de justiça; III - ao perito; IV - ao intérprete. § 1º A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argüido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido. § 2º Nos tribunais caberá ao relator processar e julgar o incidente.

⁴⁶⁵ CPC, Art. 393. Depois de encerrada a instrução, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais; no tribunal processar-se-á perante o relator, observando-se o disposto no artigo antecedente.

bem como da habilitação incidente (CPC, art. 1.059)⁴⁶⁶ e da restauração de autos (CPC, art. 1.068)⁴⁶⁷.

Há quem afirme que, em todos esses casos, deve o relator processar e *julgar* o incidente ou procedimento especial referidos pelo Código⁴⁶⁸. Não é isso, contudo, que se extrai da redação dos dispositivos mencionados, pois, dentre todos os acima transcritos, somente o § 2º o art. 138, relativo ao incidente de impedimento ou suspeição nas hipóteses em que especifica, expressamente alude à competência do relator para processar e *julgar* o incidente; os demais, ao contrário, prevêm apenas a competência do relator para *processar* o incidente ou procedimento especial, o que, na realidade, revela a atribuição de conduzir o respectivo procedimento⁴⁶⁹. Foi com base nessa premissa que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro previu a competência do colegiado do órgão fracionário, e não do relator⁴⁷⁰, para o julgamento da habilitação incidental⁴⁷¹ e da restauração de autos⁴⁷², esmiuçando através de normas de natureza específica o procedimento a ser seguido.

Inserir-se nesse tema, igualmente, a prolação de decisões de natureza provisória a respeito da tutela de urgência nos recursos. De fato, nos casos em que a apelação se vê

⁴⁶⁶ CPC, Art. 1.059. Achando-se a causa no tribunal, a habilitação processar-se-á perante o relator e será julgada conforme o disposto no regimento interno.

⁴⁶⁷ CPC, Art. 1.068. Se o desaparecimento dos autos tiver ocorrido no tribunal, a ação será distribuída, sempre que possível, ao relator do processo. § 1º A restauração far-se-á no juízo de origem quanto aos atos que neste se tenham realizado. § 2º Remetidos os autos ao tribunal, aí se completará a restauração e se procederá ao julgamento.

⁴⁶⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 292.

⁴⁶⁹ Aludindo apenas à competência para processar, e não para julgar, nas hipóteses referidas, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 653, muito embora sem mencionar a ressalva pertinente ao art. 138, § 2º, do Código.

⁴⁷⁰ Como visto no Capítulo anterior, a jurisprudência do STF rejeita a possibilidade de que o Regimento Interno dos Tribunais preveja competência decisória monocrática aos relatores, ainda que acompanhada do cabimento de recurso para o colegiado. Assim, na ausência de permissão contida em lei federal para o julgamento monocrático dos incidentes e procedimentos especiais acima referidos, a rigor sequer caberia qualquer opção distinta ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁴⁷¹ RITJRJ, Art. 140 - A habilitação processar-se-á nos próprios autos da causa, perante o relator, que sobre ela decidirá nos casos em que, segundo a lei processual, a habilitação em primeiro grau de jurisdição independe de sentença. § 1º - Nos demais casos, o relator mandará juntar a petição aos autos e procederá conforme o disposto na lei processual. § 2º - Oferecida a contestação, ou esgotado o respectivo prazo, o relator abrirá vista dos autos, por 10 (dez) dias, à Procuradoria Geral de Justiça, se obrigatória a intervenção do Ministério Público, e em igual prazo apresentará o feito em mesa, para julgamento. Art.141 - O processo não será interrompido pela habilitação, quando estiver com dia para julgamento

⁴⁷² RITJRJ, Art.158 - O pedido de restauração de autos de processo civil será dirigido ao 1º Vice-Presidente, que o distribuirá ao Órgão em que se processava o feito. Parágrafo único - O relator será, sempre que possível, o mesmo do processo cujos autos devam ser restaurados. Art.159 - Observar-se-á o disposto na lei processual, cabendo ao relator, se for o caso, determinar a baixa dos autos ao juízo de origem, para os fins do art.1068, § 1º, do Código de Processo Civil, e fixar o prazo para a respectiva devolução. Parágrafo único - Estando a restauração em condições de ser julgada, o relator abrirá vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, se obrigatória a intervenção do Ministério Público, para emitir parecer em 10 (dez) dias; a seguir, em igual prazo, apresentará o processo em mesa para julgamento na primeira sessão. Art.160 - O disposto neste Capítulo aplica-se, no que couber, à restauração de autos de processo penal da competência originária de qualquer dos Órgãos do Tribunal.

privada de efeito suspensivo *ope legis*, de que constituem exemplos as hipóteses elencadas no art. 520 do CPC, cabe ao relator decidir a respeito da respectiva concessão no caso concreto, como prevê o art. 558, *caput* e parágrafo único, do CPC, pautado pelo exame da configuração de “lesão grave e de difícil reparação” e, cumulativamente, da relevância da fundamentação do requerimento⁴⁷³. Não se afasta, da mesma forma, a possibilidade de concessão de outras medidas de urgência, no Tribunal, de natureza cautelar, com base no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁴⁷⁴. Neste último caso, contudo, de regra cabe ao órgão fracionário, e não ao relator monocraticamente, a apreciação do requerimento, ressalvadas os cenários em que a própria submissão do tema ao colegiado, com os trâmites formais exigidos, puder acarretar a infrutividade do provimento final, quando então, com base na cláusula da tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV), competirá ao relator proferir provimento de natureza liminar para apaziguar o perigo iminente⁴⁷⁵.

Duas hipóteses excepcionais, por fim, devem ser analisadas em conjunto, pois suscitam as mesmas controvérsias: a produção de provas e as providências tendentes a sanar nulidades em segundo grau. Em primeiro lugar, e conforme ressaltado no Capítulo 1, o rigor absoluto na compreensão da instância recursal como *revisio prioris instantiae* confinaria, invariavelmente, o órgão recursal nos mesmos limites fáticos e probatórios em que se conteve o juízo *a quo*. No entanto, o sistema processual brasileiro tolera que, excepcionalmente, as partes inovem no material instrutório em sede de apelação, seja para suscitar fatos

⁴⁷³ CPC, Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.

⁴⁷⁴ CPC, Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.

⁴⁷⁵ A competência do colegiado é revelada pela interpretação histórica do parágrafo único do art. 800 do CPC, cuja redação original dispunha que, “nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”. Como visto, a redação atual, após a entrada em vigor da Lei nº 8.952/94, suprimiu a referência ao relator, de forma que, inexistindo exceção consagrada em norma federal, e ressalvada a hipótese extraordinária mencionada no corpo do texto, deve subsistir a regra geral da competência do colegiado para o julgamento nos Tribunais, conforme jurisprudência do STF. Aparentemente no sentido do texto, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 166: “Discutia-se, antes da reforma introduzida pela Lei nº 8.952/94, sobre os limites da competência do Relator para conhecer e decidir a respeito do pedido de medida cautelar incidente. O entendimento era o de que a competência do relator limitava-se à fase liminar do procedimento cautelar, cabendo-lhe conceder ou denegar como providência cautelar antecipada, naturalmente com recurso para o órgão colegiado a que ele pertencesse. Essa solução é válida para a situação atual”. Em sentido contrário, afirmando ser do relator, em qualquer caso, a competência para o deferimento da medida cautelar, cf. FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia, *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 197-8. Sobre o tema da concessão de efeito suspensivo *ad hoc* à apelação, mas com destaque para a perspectiva de alteração do regime atualmente em vigor, v. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. O Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo senado em 2010, disciplina o tema no art. 888, inc. II, deferindo ao relator a competência para apreciar o requerimento, *verbis*: Art. 888. Incumbe ao relator: (...) II - apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal.

supervenientes à propositura da demanda (CPC, art. 462)⁴⁷⁶, seja para a alegação de fatos que, embora já existentes, não tenham sido trazidos aos autos por motivo de força maior (CPC, art. 517)⁴⁷⁷, ou, ainda, mesmo das provas determinada de ofício, pelo julgador, com fundamento no art. 130 do CPC⁴⁷⁸. Em qualquer dessas hipóteses, portanto, impõe-se a produção, na instância recursal, e ainda que em diminuta frequência na prática forense⁴⁷⁹, das provas necessárias à demonstração da veracidade dos fatos assim alegados. De outro lado, e em segundo lugar, quando constatada, no momento do julgamento da apelação, a presença de nulidade capaz de ser suprida pela renovação do ato viciado, o Código determina que o órgão recursal promova uma de duas medidas, todas tendentes à realização do princípio da economia processual: ou determine a renovação do ato no próprio Tribunal (CPC, art. 515, § 4º)⁴⁸⁰, ou, caso impossível fazê-lo, converta o julgamento em diligência, para que os autos sejam remetidos ao juiz de primeiro grau a fim de que este último dirija a prática do ato anteriormente reputado viciado⁴⁸¹.

Ocorre, porém, que o Código é particularmente omissivo a respeito das regras procedimentais que hão de reger essas duas hipóteses. Não é de se afastar, em primeiro lugar, a possibilidade de que o relator as determine monocraticamente, antes do julgamento colegiado: se é possível ao relator até mesmo decidir o mérito da impugnação com base no art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC, devem lhe ser reconhecidos todos os poderes instrumentais necessários para que o faça de modo válido⁴⁸². Superada essa premissa, a verdade é que não

⁴⁷⁶ CPC, Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

⁴⁷⁷ CPC, Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

⁴⁷⁸ CPC, Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁴⁷⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946, p. 219; e ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 275, que afirma serem “raríssimos os casos em que a partes se valem do art. 517, e, conseqüentemente, inexistente instrução relevante no segundo grau”.

⁴⁸⁰ CPC, “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...) § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”. Ressalta a doutrina, neste ponto, que a adoção de tal medida apenas tem lugar quando se mostrar inviável a convalidação objetiva do ato processual à luz do princípio da instrumentalidade das formas, através do aproveitamento do ato praticado em desconformidade com a lei quando, apesar disso, restar atingido o objetivo a que ele visava promover, conforme lição de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Nulidades processuais e apelação*. In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 414-415.

⁴⁸¹ CPC, Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprível, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.

⁴⁸² Nesse sentido, com relação ao art. 515, §4º, do CPC, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Nulidades processuais e apelação*. In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.)

há regras específicas, no Capítulo “Da ordem dos processos no Tribunal” do Código, que esmiúcem a forma como tais atos devem ser praticados no âmbito da instância recursal, relegando tanto as partes quanto o julgador a um cenário de incerteza quanto ao procedimento a ser seguido.

Quanto à produção de provas, a doutrina afirma serem aplicáveis, no que compatíveis, as disposições previstas no Código com relação à instrução de primeiro grau. Assim, deverá ser observado o art. 398 do CPC caso requerida a produção de prova documental para a demonstração dos fatos alegados, abrindo-se, como mencionado acima, vista para a outra parte se manifestar em cinco dias⁴⁸³. Também é possível a aplicação do art. 399 do Código à instância recursal, por força do qual pode o julgar requisitar documentos e certidões de repartição pública a respeito dos fatos sobre os quais versar o litígio⁴⁸⁴. Se, por certo, com relação a tal espécie de prova, provocada seja pela parte, seja pelo julgador, não se apresentam dificuldades de monta, não é o que se passa com as demais, a exemplo da prova pericial técnica e da oitiva de testemunhas. Para tais casos, mostra-se aplicável, por analogia, a disposição prevista no art. 492 do Código de Processo Civil⁴⁸⁵ com relação à ação rescisória, de modo que poderá o relator delegar a competência para a prática dos atos instrutórios ao juiz da comarca em que devam ser produzidos, seguindo-se, então, as regras previstas para cada prova no CPC, observado o prazo limite fixado entre quarenta e cinco e noventa dias para a devolução dos autos⁴⁸⁶. Porém, como revela o parágrafo único, primeira parte, do art. 31 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁸⁷,

Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 415. É diversa a opinião de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 457, no que concerne ao art. 517 do CPC, afirmando caber exclusivamente ao colegiado decidir sobre a presença dos requisitos autorizadores do *ius novorum*, embora consignando ressalva relativa à existência de disposição legal conferindo ao relator o poder de julgar sozinho o recurso, o que, a nosso sentir, parece ser justamente o caso do art. 557 do CPC. Com relação à instrução, é expresso o RITJRJ, *verbis*: “Art. 31 - Compete ao relator, além do estabelecido na legislação processual e de organização judiciária: I - ordenar e dirigir o processo, determinando as providências relativas ao seu andamento e instrução (...)”.

⁴⁸³ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 456.

⁴⁸⁴ CPC, Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta. § 1º Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem. § 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado.

⁴⁸⁵ CPC, Art. 492. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.

⁴⁸⁶ Assim, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 456; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 289, com a ressalva que a seguir se fará no corpo do texto.

⁴⁸⁷ RITJRJ, Art. 31 - Compete ao relator, além do estabelecido na legislação processual e de organização judiciária: (...) Parágrafo único - Poderá o relator proceder pessoalmente à instrução, presidir as diligências que ele ou o Órgão Julgador

tal analogia não se impõe de forma cogente, sendo lícito ao relator proceder pessoalmente à produção das provas em segundo grau, como decorrência do princípio da imediação dos atos processuais e como forma de potencializar ao máximo o reforço da cognição decorrente da composição colegiada do órgão recursal⁴⁸⁸.

Em grande medida, portanto, a atuação instrutória do relator se vê submetida a regras do CPC aplicáveis apenas por analogia, sem uma disciplina específica na lei processual. A lacuna na lei se torna ainda mais evidente quando procede ele pessoalmente à produção da prova reputada necessária, apontando a doutrina ser necessária a edição de normas locais específicas que disciplinem, na omissão do Código, o procedimento a ser seguido⁴⁸⁹. Passa-se algo diverso com relação aos arts. 515, §4º, e 560, parágrafo único, do Código: tais normas, que em grande medida se sobrepõem⁴⁹⁰, apresentam um conteúdo intencionalmente omissivo, para permitir que a atividade destinada a sanar as nulidades encontradas pelo órgão recursal, ao reexaminar aquilo que realizado na instância inferior, possa se pautar pelas mesmas regras procedimentais que disciplinam o ato que se visa a praticar, dessa vez de modo válido.

Neste cenário, tanto na hipótese de produção de provas como na de saneamento de nulidades, impõe-se ao relator, nos Tribunais, como decorrência da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), o *planejamento do procedimento a ser seguido*. Com efeito, no Capítulo 1 foi ressaltado que a previsibilidade do procedimento constitui um dos componentes da plenitude de defesa, já que necessária para que as partes possam articular da maneira mais eficaz possível as teses e alegações de que dispõem segundo o desenvolvimento futuro do

determinar, bem como delegar competência a Juiz de primeiro grau para colher ou dirigir provas, cabendo-lhe nomear o perito desde logo, se lhe parecer necessário, ou submeter a indicação à aprovação do Órgão Julgador.

⁴⁸⁸ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 289.

⁴⁸⁹ XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, mimeografado, 2008, p. 136 e segs., que afirma caber à lei estadual dispor sobre tal procedimento, com base no art. 24, XI, da CF. Conforme exposto no Capítulo anterior, porém, e com a devida vênia, parece caber ao Regimento Interno dos Tribunais a edição de normas específicas em matéria de procedimento recursal, e não à lei estadual.

⁴⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 706-7: “377. Consequências do pronunciamento sobre a preliminar – Podem ocorrer as seguintes hipóteses: (...) b) a preliminar, acolhida, versava sobre nulidade suprível: converte-se o julgamento em diligência, para sanar-se o defeito. Sendo necessário, em caso de reurso, ordena o órgão *ad quem* a remessa dos autos ao juízo de grau inferior; se viável o suprimento perante o próprio tribunal, aí se procede a ele, *v.g.*, mediante abertura de vista (que deveria ter havido, e não houvera) a alguma das partes, para arrazoar. Nos termos do § 4º, improrriamente introduzido pela Lei nº 11.276 no art. 515, atinente ao efeito devolutivo da apelação, ‘constatando’ (por provocação de algum interessado ou de ofício) ‘a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes’. O novo dispositivo e o parágrafo único do art. 560 parcialmente se superpõem. Naquele, é evidente, o ‘podrá’ expressa *poder-dever*: de modo algum se compadeceria com a sistemática do Código que, diante de nulidade *sanável*, ficasse livre o tribunal de optar por... não saná-la! Suspende-se o julgamento, que se reinicia, ‘sempre que possível’ (art. 515, §4º), depois de eliminado o vício, preferindo então o recurso (ou o processo de competência originária) aos demais constantes da pauta da sessão em que o julgamento se reiniciar (art. 562)”.

processo, sem que sejam submetidas a bruscas surpresas⁴⁹¹. Esse imperativo de previsibilidade é que havia inspirado a versão original do Projeto de Novo Código de Processo Civil a determinar, como condição para a validade da flexibilização do procedimento pelo juiz, a observância do contraditório, ouvindo-se previamente as partes antes de realizada a adequação das regras formais às peculiaridades da causa⁴⁹². Tal lógica, que busca fundamento direto na garantia do contraditório prevista na Constituição de 1988, deve pautar também o tema ora sob análise, conduzindo a atuação do relator nos casos em que o Código de Processo Civil de 1973 se revele particularmente omissivo, sem disciplinar sequer em linhas gerais o procedimento a ser seguido.

Assim, e para que as partes não sejam submetidas a surpresas processuais, cabe ao relator, diante da perspectiva de produção de provas ou da renovação de atos viciados por nulidades sanáveis, intimar as partes para que se manifestem previamente acerca do procedimento a ser seguido, a fim de que possam apontar eventual exigüidade de prazos ou inadequação de formas na realização do ato processual a ser praticado. É importante ressaltar que não basta a mera intimação das partes para que cumpram com tal ou qual diligência no prazo estipulado pelo relator; é preciso, ao contrário, que as partes sejam intimadas para influírem ativamente, em colaboração com o julgador⁴⁹³, *na própria atividade de definição e de planejamento do procedimento na omissão da lei*.

3.2.2. A elaboração e a função do relatório

⁴⁹¹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, in *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 265, que afirma a necessidade de que “o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenrolamento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa”.

⁴⁹² Nesse sentido dispunham os arts. 107, V, e 151, §1º, do texto original do Projeto, nos seguintes termos: “Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V- adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa. (...) Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. § 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”. Na versão aprovada pelo Senado, porém, consta que a autorização para flexibilizar o procedimento foi sensivelmente reduzida, passando a figurar no inc. V do art. 118, *verbis*: “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

⁴⁹³ A colaboração a que se alude não equivale ao consenso, pois, após ouvidas as partes sobre a melhor forma a ser conferida ao procedimento, ainda caberá ao relator a definição, com a marca da imperatividade, dos requisitos formais e das etapas a serem percorridas na instância recursal.

Dentre todas as funções exercidas pelo relator no procedimento recursal ordinário, as de maior relevância por certo residem na elaboração do relatório e na prolação do primeiro voto na sessão de julgamento. Essa constatação decorre da influência exercida pelo relator, através desses dois atos, na mecânica da deliberação colegiada, muitas vezes pré-definindo o resultado do julgamento conforme mais ou menos eloqüente seja a sua exposição da causa e a defesa da fundamentação de seu voto, possivelmente atraindo a adesão dos demais membros julgadores. A análise do voto do relator será feita ao tempo em que estudadas as etapas de que se compõe a sessão colegiada, no item 3.6 deste Capítulo. Cabe esmiuçar, neste passo, o regime jurídico do relatório, cujas potencialidades ainda não restaram exploradas com o devido vagar pela doutrina processual.

Determina o art. 549, parágrafo único, do Código de Processo Civil que o relator faça “nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso”, consistente no chamado *relatório*. Do ponto de vista objetivo, o relatório é a revelação pública do estudo e do exame dos autos feito pelo relator, que traduz em palavras próprias, consignadas em um texto escrito posteriormente exposto de forma oral na sessão, a essência das alegações das partes e da atividade desempenhada pelo juízo *a quo*. A finalidade tradicionalmente apontada como central ao relatório – com os temperamentos que adiante serão feitos – é a de guiar a deliberação colegiada em sessão, organizando, do ponto de vista lógico, a matéria a ser debatida e decidida pela turma julgadora. Através da leitura do respectivo teor, pelo desembargador relator, na sessão de julgamento, o relatório orienta a atuação dos demais membros do colegiado, que, de acordo com a sistemática acolhida na lei processual em vigor, não têm, de regra, qualquer contato prévio com os autos do recurso⁴⁹⁴, ressalvados os casos em que a lei impõe a figura do revisor (CPC, art. 551)⁴⁹⁵.

Em razão do papel desempenhado no ato de julgamento, a técnica de elaboração do relatório é apontada pela doutrina como tarefa de “difícil execução”⁴⁹⁶, ou de “inexcedível delicadeza”⁴⁹⁷. Muitas vezes, e principalmente quando inexistente ou ineficaz a sustentação oral, a narrativa por demais sucinta, pelo relator, a respeito de casos complexos pode fazer

⁴⁹⁴ Adiante, no item 3.3 deste Capítulo, será feita a crítica da sistemática adotada pelo Código de Processo Civil quanto ao contato dos julgadores com os autos judiciais, mormente à luz da finalidade de reforço da cognição que subjaz ao julgamento colegiado.

⁴⁹⁵ MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 321, que, ao comentar o regime do relatório à luz do Código de 39, afirmava que tal peça “serve, apenas, para orientar os demais juízes, evitando a leitura do processo por todos seus pares, que causaria ainda maior perda de tempo”.

⁴⁹⁶ MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 321.

⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 85.

com que os demais membros do colegiado ignorem aspectos relevantes da controvérsia, votando sob uma espécie pouco virtuosa de “véu da ignorância”. Por outro lado, quando excessivamente minucioso, corre-se o risco de dispersar a atenção dos ouvintes sobre aquilo que deveria, a rigor, ser debatido de forma central. Aponta-se, neste cenário, que o conteúdo do relatório tem de observar o paralelo com o art. 458, I, do Código de Processo Civil⁴⁹⁸, que disciplina o relatório pertinente à sentença, embora seja sensível a diferença redacional entre tal dispositivo e o já citado art. 549, parágrafo único, do CPC⁴⁹⁹.

De qualquer modo, a doutrina afirma que a peça do relatório deve consistir em “uma narrativa imparcial do que consta dos autos, sem que da mesma se possa vislumbrar o voto do seu subscritor a respeito da controvérsia em qualquer de seus pontos”⁵⁰⁰. Essa visão tradicional do relatório, contudo, que finca suas raízes na interpretação de tal peça como exclusivamente voltada à organização lógica da deliberação colegiada, tem de ser recontextualizada diante da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), principalmente à luz do chamado *dever de advertência*.

No núcleo da garantia do contraditório participativo, como demonstrado por Leonardo Greco, reside o reconhecimento às partes do direito de influir da maneira mais eficaz possível sobre a formação da decisão judicial que repercutirá em suas respectivas esferas jurídicas⁵⁰¹. Tal concepção, fortemente calcada na ascensão axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana no segundo pós-guerra, conforme o cenário delineado anteriormente no Capítulo 1 deste trabalho, revela uma imbricação entre a garantia do contraditório e o princípio democrático, de modo a assegurar que o processo civil, como forma particular de manifestação do poder do Estado, seja conduzindo com a participação dos cidadãos que

⁴⁹⁸ CPC, Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

⁴⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 295, que, embora afirme, inicialmente, a “analogia com o relatório da sentença”, assevera ao final que “no tocante ao paradigma, o texto do art. 549, parágrafo único, *in fine*, indica notável diferença, em parte explicando a diferença na forma do acórdão, que o art. 165 impõe acomodada às divisões do art. 458: a exposição do relator se cinge aos pontos controvertidos ‘sobre que versar o recurso’. Não é indispensável, portanto, reproduzir todas as ocorrências do processo, exceção feita aos que sejam necessários à fixação e à compreensão da matéria devolvida no apelo”. De forma similar, aponta-se que “*mutatis mutandis*, esse relatório é idêntico ao da sentença” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 760).

⁵⁰⁰ MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 321. No mesmo sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 85, que afirma que “teoricamente, o relatório nunca deveria preterir o voto de quem dele se incumba; na prática, não raro algo transparece, e a influência pode começar a fazer sentir-se desde esse instante”.

⁵⁰¹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241.

sofrerão as consequências da decisão judicial, garantindo-lhes voz. Para assegurar a efetividade dessa participação democrática, não basta conceber o contraditório como a imposição de um equilíbrio entre as posições subjetivas das partes no processo; ao contrário, é preciso que a garantia do contraditório seja entendida como dirigida também ao juiz, a quem cabe assumir a postura ativa de construção de um diálogo humano com as partes. O juiz que se pauta pela observância do contraditório participativo é, necessariamente, um juiz que quebra o distanciamento e o abismo de comunicação existente entre ele e os litigantes, permitindo que estes saibam a exata medida em que suas alegações e provas repercutem na construção do ato de inteligência e de vontade que, ao final, determinará a sorte do litígio, isto é, a sentença judicial. É através desse diálogo de dupla via que se concretiza do modo mais eficaz possível, e não apenas formalmente, o direito de influência em que se desdobra a garantia do contraditório, construindo juntos, julgador e partes, através da interação, a solução da causa⁵⁰².

Essas premissas teóricas conduzem, dentre outras consequências, à vedação aos julgamentos de surpresa. Toda a perspectiva de participação das partes através dos atos postulatórios, dirigidos a influenciar o juiz na construção do raciocínio judicial, se vê cerceada de forma cabal quando a decisão toma por base fundamento não debatido anteriormente no processo. Ao assim atuar, o juiz prolata as chamadas “decisões de terceira via”, de vez que baseadas em fundamentos não suscitados nem pelo autor e nem réu, que apenas tomam conhecimento da relevância jurídica de tais questões para o desate da controvérsia em que se inserem em momento já tardio, após a publicação da sentença. A concepção participativa do contraditório exige, portanto, a prévia intimação das partes para que se manifestem acerca de fundamento que o julgador considere, de ofício, como pertinente à causa, através do chamado *dever de advertência*⁵⁰³, permitindo que elas exerçam o direito de influência sobre todos os pontos relevantes para a decisão judicial⁵⁰⁴. É com base nessa visão humanizada da prestação da jurisdição que o Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão aprovado pelo

⁵⁰² GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544-5.

⁵⁰³ A expressão “dever de advertência” tem origem no direito alemão, por força do qual cabe ao juiz, sob pena de nulidade, intimar as partes para que se manifestem sobre qualquer ponto de fato e de direito até então não debatido e que seja por ele considerado como relevante para o julgamento da causa, conforme lição de MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004, p. 166 e segs.

⁵⁰⁴ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 551.

Senado Federal em 2010, prevê, no art. 10, *caput*, a imposição do dever de advertência como condição de validade dos julgamentos em todo e qualquer grau de jurisdição⁵⁰⁵.

Nos dias atuais, porém, a verdade é que o déficit garantístico de que padece o processo civil brasileiro não se resume, sob o ângulo do contraditório, à instância recursal, objeto de estudo desde trabalho. Do ponto de vista teórico, o exame das etapas que compõem o procedimento comum ordinário em primeiro grau seria capaz, em abstrato, de revelar ao menos um momento procedimental próprio para a colocação em prática desse exercício de diálogo humano através do dever de advertência, consistente na decisão saneadora (CPC, art. 331, *caput* e parágrafos)⁵⁰⁶. O influxo da garantia do contraditório, por certo, não deve se limitar a ela, já que, como visto acima, todo o caminhar do processo judicial tem de se legitimar, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, sob o crivo do contraditório, como expressão do princípio da participação democrática. Não obstante, a decisão saneadora, dentre todas as demais etapas, é a que cumpre de modo mais aproximado com essa função: realizando-se após a fase postulatória, a decisão saneadora tradicionalmente tem a finalidade de fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas⁵⁰⁷. Principalmente no que toca à fixação dos pontos controvertidos, a decisão saneadora exerce um papel de intercâmbio de ideias entre juiz e partes, pois aquele revela a estas últimas quais são os aspectos fáticos que, a partir do exame das postulações contrapostas até então praticadas, restaram ainda dependentes de demonstração através das provas a serem produzidas, permitindo que cada parte formule sua estratégia de atuação no restante do procedimento. Sob este enfoque, que evidentemente não exaure toda a eficácia da garantia do contraditório, no despacho saneador poderia também ser validamente exercido, pelo juiz, o dever de advertência com relação às questões de direito que ele vislumbre como relevantes, de ofício, para a causa, intimando as partes para que se manifestem acerca delas.

⁵⁰⁵ Projeto de Novo CPC, Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

⁵⁰⁶ CPC, Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litúgio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

⁵⁰⁷ Nesse sentido, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 99-100; e LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 06-07.

Por sua vez, a estrutura do procedimento recursal ordinário, tal como delineado pelas regras do CPC, permitiria que o relatório desempenhasse essa mesma função de diálogo humano. Como se demonstrará no item seguinte, o Código de 73 não previu qualquer momento anterior à sessão colegiada para que as partes tenham contato com o relator ou com qualquer dos julgadores do recurso. Ao contrário, se seguido com rigor o encadeamento de etapas previstas no Código, o contato que existirá entre o órgão recursal e as partes será na própria sessão de julgamento, com a eventual perspectiva de sustentação oral após a leitura do relatório. Neste cenário, a função do relatório tem de ser necessariamente analisada à luz não só da deliberação colegiada, como fator de organização do debate entre os membros do órgão, mas também como instrumento de interação e de comunicação entre o relator, de um lado, e recorrente e recorrido, de outro, a fim de evitar os julgamentos de surpresa.

Com efeito, se elaborado com substância, e não apenas como um ato *pro forma*, verdadeiro apêndice do voto do relator, o relatório seria capaz de servir de ponte de comunicação entre o relator e as partes com relação às questões jurídicas que aquele considera pertinentes, ainda que de ofício, para o julgamento do recurso no colegiado. Interpretado sob o influxo da garantia do contraditório participativo, portanto, o conteúdo do relatório tem de ser moldado também como forma de exposição, pelo desembargador relator, quanto aos fundamentos de fato e de direito que se apresentam mais relevantes para a causa. Não basta que o relatório seja concebido como a tradicional narrativa imparcial da sucessão de atos praticados nos autos, como tradicionalmente apontado pela doutrina, sem que disso se pudesse extrair qualquer subsídio para a conduta das partes⁵⁰⁸. É preciso, ao contrário, que a veiculação prévia nos autos do texto escrito do relatório, como determinado pelo art. 549 do CPC, seja vista como uma oportunidade necessária de cumprimento do referido *dever de advertência*, para que, conhecendo quais as matérias que o relator considera relevantes para o julgamento, as partes possam direcionar a abordagem a ser feita seja na eventual sustentação oral em sessão, seja através do protocolo de petições escritas, seja, ainda, pela apresentação de memoriais.

Sob o ângulo objetivo, portanto, é manifestamente insuficiente a interpretação literal do parágrafo único do art. 549 do Código, ao restringir o relatório à “*exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso*”⁵⁰⁹. Mais do que a narrativa das razões constantes

⁵⁰⁸ Mesmo a doutrina clássica já havia afirmado que, “[p]elos relatórios, as partes não têm meios de saber, a rigor, o modo como o relator apreciou a prova, considerou as alegações, sentiu a causa” (LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 329).

⁵⁰⁹ É também insuficiente a redação do *caput* do art. 32 do RITJRJ, nos seguintes termos: Art. 32 - O relatório nos autos, conterá a exposição sucinta da matéria controvertida, com todos os dados necessários à decisão, de modo a dispensar a leitura

da impugnação, é preciso que o relatório abranja também as questões que o relator⁵¹⁰ eventualmente considere de ofício como pertinentes, na linha do que expressamente prevê o *caput* do art. 170 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao exigir que do relatório conste também a matéria “que, de ofício, possa vir a ser objeto de julgamento”⁵¹¹. Caminha no mesmo sentido o art. 67 do RITJRJ, embora afirmando a necessidade de que conste do relatório apenas eventuais questões preliminares e prejudiciais⁵¹², o que, a rigor, não abarca também o exame de fundamento jurídico autônomo capaz de determinar a procedência ou a improcedência do pedido da impugnação, eis que pertinente ao mérito do recurso, como se extrai, do ponto de vista lógico, inclusive da previsão do art. 70 do mesmo Regimento⁵¹³. Por fim, é exemplo também, em certa medida, de adoção do relatório como instrumento de promoção da garantia fundamental do contraditório participativo, através do dever de advertência, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujo art. 136, § 1º, prevê a hipótese de ser suscitada, de ofício, preliminar durante a leitura do relatório, embora voltado especificamente para as repercussões de tal fato no regime da sustentação oral⁵¹⁴.

de peças dos autos, não se entendendo como relatório a simples indicação das páginas dos atos processuais relevantes para o julgamento. § 1º - Se outro não for estabelecido em lei ou neste Regimento, será de 90 (noventa) dias o prazo para apresentação do relatório, a contar da conclusão dos autos ao relator, reduzindo-se à metade nos casos em que a lei fixar prazo especial para o julgamento. § 2º - Se o relatório vier manuscrito, a Secretária o fará digitado dentro de 48h (quarenta e oito) horas, e, obrigatoriamente, incluirá o processo em pauta numa das 02 (duas) sessões seguintes à data do recebimento, salvo se houver revisão.

⁵¹⁰ Como se verá mais à frente, quando analisada a deliberação colegiada, é possível que também os demais membros do colegiado suscitem fundamentos não abordados previamente pelas partes. Em tais hipóteses, é imprescindível a interrupção do julgamento para que sobre o ponto sejam ouvidas, ainda que oralmente, as partes, como meio de promover o contraditório participativo da forma mais eficaz possível. Também neste sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 598.

⁵¹¹ *Apud* PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44. A redação do dispositivo é a seguinte: RITJRS, “Art. 170. O relatório nos autos, que deve conter a exposição sucinta da matéria controvertida pelas partes e da que, de ofício, possa vir a ser objeto de julgamento, é exigido: I - nas ações rescisórias, nos reexames necessários e nas apelações cíveis, e nos embargos infringentes; II - nos desforamentos, nos pedidos de revisão criminal, nas apelações criminais e nos embargos infringentes e de nulidade opostos nessas apelações; III - nas representações e nos incidentes de inconstitucionalidade; IV - nas uniformizações de jurisprudência; V - nos processos e recursos administrativos de competência do Órgão Especial. § 1º O relatório poderá ser resumido, restrito à preliminar de manifesta relevância, limitando-se a esta matéria a sustentação oral. § 2º Na hipótese do inc. V, a Secretaria expedirá, em caráter reservado, cópias do relatório e de peças indicadas pelo Relator para distribuição aos componentes do órgão julgador”.

⁵¹² RITJRJ, Art. 67 - Nos julgamentos dos recursos, as questões preliminares e prejudiciais - obrigatoriamente denunciadas no relatório, ou pelo revisor, ao lançar o seu "visto" - obedecerão, tanto quanto possível, à seguinte ordem: I - competência do Tribunal; II - cabimento do recurso; III - tempestividade; IV - legitimidade para recorrer; V - interesse na interposição do recurso; VI - insuficiência de instrução; VII - nulidade; VIII - coisa julgada; IX - pressupostos processuais, na causa; X - condições da ação, na causa; XI - decadência ou prescrição; XII - inconstitucionalidade de lei. Parágrafo único - No caso de preliminar ou prejudicial manifestamente fundada ou infundada, como tal declarada pelo relator, poderá o Presidente considerá-la acolhida ou rejeitada, independentemente de votação nominal, se nenhum dos julgadores se opuser.

⁵¹³ RITJRJ, Art. 70 - O julgador vencido na preliminar ou prejudicial manifestar-se-á, obrigatoriamente, sobre o mérito.

⁵¹⁴ RISTF, Art. 136. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas. § 1º Sempre que, no curso do relatório, ou antes dele, algum dos Ministros suscitar preliminar, será ela, antes de julgada, discutida pelas partes, que poderão usar da palavra pelo prazo regimental. Se não acolhida a preliminar, prosseguir-se-á no julgamento. § 2º Quando a preliminar versar nulidade suprível, converter-se-á o julgamento em diligência e

Para que todas essas potencialidades garantísticas do relatório sejam colocadas em prática, além dos requisitos de conteúdo expostos acima, é imprescindível que tal peça processual seja entranhada aos autos, pelo relator, previamente à sessão de julgamento, franqueando-se acesso às partes⁵¹⁵. Há na doutrina, contudo, quem sustente que o relatório só deveria ser tornado público, ao tempo da remessa dos autos à secretaria, na hipótese de aplicação do art. 557 do CPC, isto é, quando o próprio relator já entendesse por aplicável a abreviação do procedimento. Seguindo essa lógica, na realidade não haveria a exposição *prévia* do relatório, mas sim a publicidade simultânea do relatório e do próprio teor da decisão monocrática proferida pelo relator, divulgadas em conjunto pela remessa à secretaria⁵¹⁶; nas demais hipóteses, pertinentes ao julgamento colegiado, o relatório escrito seria divulgado somente após a redação e publicação do inteiro teor do acórdão. Mas não é isso que se extrai, com a devida vênia, do texto do Código de Processo Civil.

Com efeito, o *caput* do art. 549 do Código determina que, após estudar os autos, deve o relator restituí-los à secretaria. O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, e em complemento ao *caput*, prevê que “o relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso”. Ora, é difícil vislumbrar momento possível para que o relator possa consignar a referida exposição *nos autos*, consistente no relatório, diverso do íterim entre a subida à conclusão e a devolução à secretaria⁵¹⁷, na medida em que o próprio Código determina, logo em seguida, que os autos sejam apresentados ao presidente do órgão fracionário, que designará dia para julgamento (CPC, art. 552). Confirma a tese ora sustentada o teor da redação do art. 553 do Código, segundo o qual, nos embargos infringentes e na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o órgão competente para o julgamento. A *imediata* expedição de cópias do relatório aos demais membros do colegiado, logo após a devolução dos autos pelo relator, pressupõe,

o Relator, se for necessário, ordenará a remessa dos autos ao juiz de primeira instância ou ao Presidente do Tribunal *a quo* para os fins de direito.

⁵¹⁵ Não basta, portanto, a mera exposição oral do relatório em sessão com a posterior elaboração de texto escrito ao tempo da redação do acórdão, como sustentava LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 322. Tal visão apenas mirava o relatório como peça processual voltada à organização da deliberação colegiada, desconsiderando seus reflexos na concretização da garantia do contraditório participativo.

⁵¹⁶ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 281, afirmando que “o relator somente restituirá os autos à secretaria com o relatório se lhe couber julgar sozinho a apelação, nos termos do art. 557, o que abrevia o procedimento (infra, 30)”.

⁵¹⁷ Ademais, se de regra é o próprio relatório nos autos que cumprirá a função do “visto” imposto pelo art. 549, parte final, do Código, como certificação de que a matéria restou estudada pelo relator (ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 280-1), parece natural que a restituição dos autos à secretaria seja feita com a íntegra da manifestação, como preza a redação do *caput* do art. 549.

forçosamente, que a referida devolução tenha sido feita *já com a inclusão do relatório aos autos*, em clara harmonia com a previsão do art. 549, *caput* e parágrafo único, do CPC.

Além desses argumentos de índole literal e sistemática, a verdade é que a exposição prévia do relatório consiste na única maneira, no sistema processual em vigor, de tornar efetivo o *dever de advertência* por parte do relator com relação às questões suscetíveis de ofício, como se viu acima, a fim de permitir que as partes tenham tempo hábil para abordá-las com a necessária preparação no momento da realização da sustentação oral ou através do protocolo de petições escritas. Em última análise, portanto, a veiculação do relatório nos autos previamente à realização da sessão, com permissão de acesso às partes, consubstancia meio necessário de promoção da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), de forma que, na ausência de outro momento procedimental capaz de viabilizar o diálogo humano entre o julgador e as partes, sequer poderia ser afastada por disposição legal ou regimental.

Em suma, a visão tradicional do relatório como destinado a organizar a deliberação colegiada tem de ser harmonizada também com a funcionalização de tal peça processual como instrumento de realização do contraditório participativo, servindo de meio de diálogo entre o julgador e as partes para evitar, na medida em que possível, a prática de surpresas processuais e de “decisões de terceira via”.

3.2.3. O direito a uma audiência em segundo grau e a desformalização do procedimento

O estudo do regime jurídico da figura do relator, quando contrastado com a prática dos Tribunais, revela outro aspecto relevante do procedimento recursal, e que merece ser examinado sob o prisma teórico que motiva o presente trabalho. Trata-se de fenômeno através do qual se opera certa margem de *desformalização do procedimento*, pelas conhecidas figuras da “entrega de memoriais” ou do “despacho com o relator”, que passa a ser submetido, assim, a um tratamento já arraigado no cotidiano forense que não encontra respaldo direto na sequência de etapas formalmente estruturadas pelo Código de Processo Civil para a condução do recurso de apelação até o julgamento em sessão.

Contribui de forma sensível para este cenário a já mencionada inexistência de uma audiência prévia em segundo grau, na qual pudessem interagir as partes e os julgadores sequer minimamente a respeito da matéria submetida a julgamento, trocando impressões sobre os pontos relevantes. Ao contrário, o único momento em que, segundo o Código, as partes e os

membros do colegiado devem compartilhar a presença em um mesmo local, no procedimento recursal ordinário, consiste na sessão de julgamento, que, por natureza, se destina já a resolver em definitivo a sorte da impugnação no Tribunal.

Por não haver, assim, qualquer audiência prévia formalmente prevista na lei processual⁵¹⁸, a válvula de escape encontrada por advogados para dar vazão à demanda pela instauração de um contato humano com o julgador na instância recursal consistiu na busca pelo acesso ao gabinete de trabalho de cada um dos membros do colegiado, a fim de expor oralmente suas razões. Através dessa conversa informal com o julgador no Tribunal, muitas vezes acompanhada da entrega de memoriais escritos, pretendem os advogados, além de mais uma oportunidade para influir no convencimento de quem julgará a impugnação, obter ao menos minimamente qualquer indício de como se comportará na sessão cada membro do colegiado, notadamente a partir das reações esboçadas enquanto durar a recepção no gabinete.

Na realidade, porém, tal prática⁵¹⁹ ocorre absolutamente à margem do procedimento recursal formal, sem que, no comum dos casos, seja sequer retratada nos autos. Busca-se fundamento legal, para amparar esse exercício desformalizado da oralidade junto aos julgadores, realizado de regra unilateralmente, isto é, sem a presença da parte contrária, na previsão do art. 35, IV, da LOMAN⁵²⁰ e do art. 7º, VIII, do Estatuto da Advocacia⁵²¹, que dispõem, com distinção digna de nota, sobre o dever de o magistrado receber os advogados a qualquer momento: enquanto o dispositivo da LOMAN condiciona o exercício de tal prerrogativa à demonstração de urgência justificadora, a norma do Estatuto da Advocacia

⁵¹⁸ A omissão das regras do Código de Processo Civil poderia ser validamente colmatada pela disciplina da audiência previa em segundo grau nos Regimentos Internos dos Tribunais, a quem cabe, como visto no Capítulo anterior, a edição de normas específicas no domínio do procedimento recursal. Em sentido parcialmente de acordo, embora afirmando competir à lei estadual, e não aos Regimentos Internos, a previsão de uma audiência de conciliação em segundo grau, cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 49.

⁵¹⁹ Do ponto de vista teórico, seria possível cogitar da existência de *costume processual* em vigor, no direito brasileiro, com relação à recepção dos advogados pelos juízes em seus gabinetes nos Tribunais, mas tal afirmação deveria ser feita com amparo em duas premissas: (i) na comprovação, através de ampla pesquisa empírica, da adoção *in concreto* de tal prática pelos órgãos judiciais atuantes no país, ao menos em maioria; e (ii) na constatação de que tal prática, apesar de não expressamente prevista em lei, tenha adquirido a força cogente na consciência dos atores do processo. Sobre o tema das fontes complementares do direito processual, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 41, que afirma que “o costume processual, a praxe, assim, nasce da repetição do modo de praticar-se determinado ato que se sedimenta na consciência dos atores do processo como devendo ser o modo correto de praticá-lo”. Com base nessas premissas, autorizada opinião assevera ser “da praxe forense a entrega de memoriais pelos advogados antes das sessões” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 763).

⁵²⁰ LC nº 35/79, Art. 35 - São deveres do magistrado: (...) IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

⁵²¹ Lei nº 8.906/94, Art. 7º. São direitos do advogado: (...) VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.

disciplina-a sem qualquer condicionante, apenas estabelecendo a necessidade de observância da ordem de chegada para o atendimento⁵²².

Muito embora, como visto, sejam virtuosas as finalidades assim buscadas pelos patronos das partes⁵²³, tal prática, que encontrou respaldo inclusive em manifestação do Conselho Nacional de Justiça⁵²⁴, tem de ser submetida ao influxo das garantia fundamental do contraditório participativo, na vertente da *audiência bilateral*, a demandar um mínimo de segurança e de formalidade no procedimento a ser seguido no exercício da jurisdição estatal.

Com efeito, na origem mais remota do princípio do contraditório reside a noção de que às partes seja conferida igual oportunidade de manifestação perante o julgador, fruto da paridade de tratamento imposta pelo valor da isonomia (*audiatur et altera pars*). Assim, ainda que, modernamente, o contraditório tenha evoluído para alcançar uma multiplicidade de conteúdos⁵²⁵, e tenha se intensificado a faceta que impõe o mais amplo direito de influência sobre a decisão que repercutirá na esfera jurídicas das partes, não se pode perder de vista que, na essência, o contraditório sempre exigirá, de regra, a igualdade de chances entre os litigantes, de modo que ambos possam participar no mesmo grau na construção do raciocínio judicial que prevalecerá na sentença. Desse imperativo de idênticas oportunidades decorre o dever instrumental de notificação necessariamente *prévia* das partes quanto aos atos processuais a serem praticados, para que possam desfrutar da mesma probabilidade de sucesso final. A única exceção diz respeito às hipóteses em que a própria viabilização do contraditório prévio é capaz de frustrar a eficácia da providência jurisdicional, como se passa no âmbito das

⁵²² Dentre outros fundamentos, a distinção de conteúdo entre o dispositivo da LOMAN e o que consta do Estatuto da OAB é suscitada como motivo para a arguição da inconstitucionalidade formal deste último na petição inicial da ADIN nº 4.330/DF, ajuizada pela AMB, pendente de julgamento.

⁵²³ O que é demonstrado pela defesa apresentada sob o ângulo teórico por PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 128-30, que cita, em amparo à tese, a lição de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A lição de Calamandrei, os vasos comunicantes e o direito do advogado ser recebido pelo Magistrado*, Revista do Advogado, nº 100, São Paulo: AASP, 2008, p. 66-69.

⁵²⁴ Pedido de Providências nº 1.465, Cons. Marcus Faver, j. 04.06.2007 (*apud* PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 129).

⁵²⁵ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241, que afirma que o contraditório “pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os *contra-interessados* tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação”.

medidas de urgência cuja efetivação seja colocada em risco pelo comportamento do requerido, caso em que a postergação do contraditório, através da concessão de medida liminar, tem de resultar de cuidadosa ponderação dos interesses em jogo⁵²⁶.

Na realidade, o dever de prévia notificação à parte contrária decorre também da garantia da publicidade processual na vertente de *publicidade interna* (CF, art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX), dirigida a levar ao conhecimento dos interessados no litígio o teor dos atos e decisões praticados no curso do processo, como condição imprescindível para permitir a reação através do contraditório⁵²⁷, na linha do que será visto logo à frente no item 3.4.1, quando da análise do dever de prévia intimação da pauta de julgamento nos Tribunais. Como toda e qualquer publicidade, a rigor a publicidade interna também funciona como um fator de controle sobre a conduta dos sujeitos do processo⁵²⁸, já que cercada de requisitos formais pré-definidos e de um padrão de oficialidade, e naturalmente registrada nos autos como qualquer ato processual⁵²⁹.

É por força da Constituição, portanto, que a perspectiva de realização de qualquer ato no curso do processo tem de ser notificada a ambas as partes, para lhes garantir idênticas oportunidades de influência, e, ainda, tem de ser retratada formalmente nos autos do processo, como garantia de segurança, e disso não podem se esquivar nem mesmo as figuras da “entrega de memoriais” ou do “despacho com o relator”. E, na realidade, sequer os arts. 35, IV, da LOMAN e 7º, VIII, do Estatuto da Advocacia podem ser suscitados para defender a forma específica como tais atos vêm sendo praticados nos Tribunais.

Com efeito, tais dispositivos jamais poderiam ter o condão de afastar a eficácia da garantia constitucional do contraditório, na vertente de audiência bilateral, de hierarquia normativa superior, já que prevista no texto da Constituição de 1988. Assim, qualquer interpretação dos referidos dispositivos infraconstitucionais tem de ser harmonizada com a

⁵²⁶ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547-8, ressaltando que, de regra, “contraditório eficaz é sempre prévio”.

⁵²⁷ Em última análise, assinala com razão a doutrina que a denominada publicidade interna, antes do que aspecto do princípio processual da publicidade, revela-se como elemento prévio da própria *garantia do contraditório participativo*, já que indispensável para viabilizar a reação pelas partes. Nesse sentido, cf. ABDO, Helena. *Mídia e processo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 44.

⁵²⁸ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 266, asseverando que “a publicidade dos atos processuais é uma das mais importantes garantias do processo democrático, pois é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes. Por isso, dela depende a credibilidade e a confiança que a sociedade deve depositar na Justiça. *Justice is not only to be done, but to be seen to be done*”.

⁵²⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 287, que afirma, ao tratar dos atos de documentação, que “os atos processuais de todos os sujeitos do processo precisam ficar registrados e o seu conteúdo, preservado, para que se perenizem e produzam de modo estável os seus efeito no processo”.

necessidade de assegurar a igual oportunidade de influência, com notificação prévia de ambas as partes, para que qualquer delas possa se fazer presente no momento do exercício da oralidade desformalizada nos gabinetes. A única exceção, como visto, diz respeito ao requerimento de medidas urgentes, nos casos em que a respectiva eficácia possa ser tolhida pela notificação prévia da parte contrária. Não basta afirmar, ressalte-se, que a audiência bilateral já seria satisfeita pela mera possibilidade de que a parte contrária também faça uso da prerrogativa prevista nos arts. 35, IV, da LOMAN e 7º, VIII, do Estatuto da Advocacia, de modo que o julgador, ainda que em momento distinto, igualmente deveria recebê-la. Essa visão peca por conceber a audiência bilateral como desprendida da realidade, sem compromisso com a efetividade. É direito constitucional da parte se fazer presente, por seu advogado, em qualquer ato processual que vise à formação do convencimento do julgador da causa em que figure. E, como a exposição oral nos gabinetes sequer é registrada, por ata, nos autos, é apenas com a presença *in loco* que a parte contrária poderá saber os exatos termos em que se pretendeu influenciar o julgamento do recurso em que ela figure como interessada, podendo redargüir com igual força.

Do ponto de vista teórico, ademais, é impensável que se conceba a reunião, em gabinete do Tribunal, entre o advogado de uma das partes e o julgador da causa, com a finalidade explícita de convencê-lo de suas razões, sem que tal evento seja de qualquer modo regido por parâmetros mínimos de oficialidade, e sem que nem mesmo tenha sua ocorrência certificada nos autos, como se não tratasse de um *ato* verdadeiramente *processual*. Assim, a premissa para o raciocínio desenvolvido neste ponto é a de que a “entrega de memoriais” ou o “despacho com o relator” constituem, a rigor, e como já dito, atos processuais. Por certo, há, na doutrina, acesa polêmica acerca de qual seria a nota distintiva dos atos processuais: ser praticado pelos sujeitos do processo, ser praticado com a finalidade de produzir efeitos no processo ou, ainda, ser praticado como um dos elos da cadeia que constitui o processo⁵³⁰. A oralidade desformalizada nos Tribunais reúne ao menos dois desses traços distintivos assinalados pela doutrina: é realizada pelos sujeitos do processo – *advogados e juiz* – com o fim de produzir efeitos sobre o processo – *influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida no recurso*. E, em última análise, não é retratada nos autos em conduta que, se referendada, representaria verdadeira tautologia do ponto de vista teórico: não consta dos autos por não ser

⁵³⁰ Sobre o tema, cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 43 e segs, que, após elencar as diversas correntes teóricas, conceitua o ato processual “como aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”.

vista, na prática, como ato processual, e não é concebida como ato processual por não constar dos autos do processo.

Evidentemente, a convicção do juiz não resulta apenas da influência que sobre ele é exercida através de atos de natureza processual. Basta pensar no modo como a grande mídia atua pelos meios de comunicação como jornais e televisão, que sem sombra de dúvida muitas vezes repercutem, para o bem e para o mal, na postura do juiz no processo. Ninguém sustentará, por certo, que é direito constitucional derivado do contraditório que o advogado participe do momento em que o julgador, no recanto de seu lar, assista à televisão durante o jantar, para que exerça a tempo o direito de influência, eventualmente retrucando comentários expostos através do meio de comunicação. A inevitabilidade de determinados fatores sobre o convencimento do juiz, porém, que, como se sabe, não vive em uma redoma, não impede que os princípios gerais do direito processual, notadamente as garantias fundamentais do processo, *incidam naquilo em que factível*, de que é exemplo a oralidade desformalizada nos Tribunais brasileiros, colocada em prática, repita-se, por sujeitos do processo com finalidade de influir sobre o processo no recinto em que são realizados, de regra, os atos processuais.

Neste cenário, a melhor solução parece se encontrar na aproximação das figuras da “entrega de memoriais” e do “despacho com o relator” com o regime jurídico formal de uma audiência em segundo grau. Para tanto, e na ausência de norma legal sobre a matéria, é imprescindível a incidência de parâmetros mínimos de publicidade sobre a designação da data em que ocorrerá a audiência, para que a parte contrária, se desejar, possa se fazer presente, determinando-se ainda a juntada aos autos de qualquer documento eventualmente apresentado em tal oportunidade como meio de influir sobre a convicção do julgador⁵³¹. Serve de exemplo, nesse sentido, a Ordem Interna nº 01/07 editada pela Min. Nancy Andrighi no Superior Tribunal de Justiça, que, concretizando diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da publicidade processual, procedimentaliza o encontro entre o julgador e os advogados no gabinete, instituindo a prévia notificação da parte contrária⁵³². Iniciativa similar

⁵³¹ É o que decorre do art. 131, segunda parte, do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, *atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos*, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

⁵³²STJ, ORDEM INTERNA Nº 01, de 07.05.2007. A MINISTRA NANCY ANDRIGHI, no uso de suas atribuições legais (RISTJ, art. 325) tendo presentes as contínuas solicitações de audiências, por parte de advogados, e: a) Considerando que o Superior Tribunal de Justiça é uma instância extraordinária destinada a uniformizar a interpretação da Lei Federal, tendo atuação limitada à análise de questões jurídicas que devem ser veiculadas pelo interessado nos termos de rígidos padrões legais de admissibilidade (CF, art. 105); b) Considerando que, em face desses pré-requisitos de admissibilidade, não só quaisquer discussões a respeito de matérias fáticas são vedadas, como a própria questão jurídica controvertida deve ser apresentada, em sua completude e por escrito, no âmbito da peça processual tempestiva do interessado, sem o que não poderá influenciar o destino da controvérsia (CF, art. 105); c) Considerando que, apesar de tais restrições e da ausência de disposição regimental disciplinando a audiência entre Ministros do STJ e advogados, tal prática é costumeira e, em última análise, encontra, igualmente, respaldo na CF (art. 5º, LV); d) Considerando, outrossim, que a ausência de uma disciplina legal

foi adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em cujo site são divulgadas as agendas de alguns dos Ministros que compõem o Tribunal, de modo a dar publicidade às audiências designadas para a exposição oral nos gabinetes, dela constando o número do processo que será debatido e o nome das partes e dos advogados, oportunizando que quem o desejar se faça presente⁵³³.

3.3. O revisor e a cognição no colegiado

O exame do regime jurídico do revisor constitui oportunidade fértil para a crítica do procedimento recursal ordinário sob o ângulo da ideia de *reforço da cognição judicial*, que, como exposto no Capítulo 2 deste trabalho, figura dentre as razões teóricas que lhe são subjacentes. Com efeito, logo após disciplinar o papel do relator nos Tribunais, e na sequência à instituição de prazo impróprio de quarenta dias para o julgamento de recursos interpostos contra decisões proferidas em primeiro grau no procedimento sumário⁵³⁴, dispõe o Código de Processo Civil, no art. 551, *caput* e parágrafos, sobre as hipóteses em que os autos devem ser remetidos ao revisor, sobre o critério para a definição do revisor no colegiado e, de forma sucinta, sobre as atribuições do revisor⁵³⁵, muito embora tal regime seja complementado

acerca de tal prática apenas incrementa a necessidade de se garantir, em um procedimento informal, as mesmas garantias de paridade de armas que os litigantes têm em suas demais manifestações processuais, ainda em respeito aos incisos LV e LX do art. 5º da CF, sendo verdadeiro dever constitucional proporcionar tratamento isonômico entre as partes, conforme reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça no Projeto de Código de Ética da Magistratura, segundo o qual “O juiz, no desempenho de sua atividade, deve dispensar às partes tratamento materialmente igualitário, vedada qualquer espécie de indevida discriminação” (art. 8º), RESOLVE: Art. 1º. As solicitações de audiências serão formuladas por escrito e subscritas por procurador constituído do interessado. § 1º. A petição deverá ser recebida na Secretaria do Gabinete, podendo ser apresentada via fax, ou e-mail. Art. 2º. Uma vez deferido o pedido, com designação de data para a audiência, serão cientificados, por telegrama, carta registrada, fax, e-mail ou qualquer outro meio eficaz de comunicação, os procuradores da parte contrária e os procuradores de eventuais interessados já admitidos no processo, ficando estes convidados a participar da audiência, caso tenham interesse em fazê-lo. § 1º. O aviso de recebimento e/ou cópia de telegrama, fax ou e-mail será arquivado na Secretaria do Gabinete. Art. 3º. Comparecendo ou não os procuradores dos demais interessados, a audiência será realizada, em dia e hora marcados, atendendo-se ao pedido formulado. § 1º. Os procuradores poderão ser acompanhados pelas partes, que só poderão manifestar-se por intermédio daqueles. Art. 4º. Esta Norma Interna entra em vigor na data de sua publicação. Brasília (DF), sete de maio de dois mil e sete. MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

⁵³³ O link para acesso é o seguinte: <http://www.stf.jus.br/portal/agendaMinistro/listarAgendaMinistro.asp>; acesso em 21.jul.2011.

⁵³⁴ CPC, Art. 550. Os recursos interpostos nas causas de procedimento sumário deverão ser julgados no tribunal, dentro de 40 (quarenta) dias.

⁵³⁵ CPC, Art. 551. Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor. § 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antigüidade. § 2º O revisor aporá nos autos o seu "visto", cabendo-lhe pedir dia para julgamento. § 3º Nos recursos interpostos nas causas de procedimentos sumários, de despejo e nos casos de indeferimento liminar da petição inicial, não haverá revisor.

também pela incidência de normas previstas em legislações especiais, de que é exemplo o art. 35 da Lei nº 6.830/80, mencionado brevemente no Capítulo anterior.

A atuação do revisor se destina a assegurar um exame aprofundado da causa, que passa a contar com a análise dos autos feita por mais um membro do colegiado além do relator. Era explícito nesse sentido o Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 874, § 1º, afirmava competir ao revisor declarar estar de acordo com o relatório ou nele apontar retificação⁵³⁶, na linha do que ainda dispõe o art. 35 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁵³⁷, pressupondo, evidentemente, o estudo dos autos por aquele a quem competir a revisão. É função do revisor, portanto, mitigar a forte dependência do colegiado sobre a pessoa do relator⁵³⁸, que, do contrário, e como já visto, seria o único membro julgador a examinar os autos previamente à sessão de julgamento. Assim, em última análise o que se busca com a previsão da figura do revisor é assegurar que o julgamento colegiado seja revestido de maior margem de segurança e de acerto, o que foi resumido, no Capítulo 2 deste trabalho, através da ideia de *reforço da cognição* no julgamento colegiado, que, em teoria, seria classificável como cognição *qualificada*, em oposição à cognição *simples* presente no julgamento monocrático.

O critério para a definição do revisor consta do § 1º do art. 551 do CPC, segundo o qual “será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antigüidade”. Já as regras que disciplinam as hipóteses em que cabível a revisão, constantes essencialmente do *caput* e do § 3º do dispositivo, são marcadas, como reconhece a doutrina, por flagrantes incoerências. De início, reza o *caput* do art. 551 que a revisão tem de ocorrer no julgamento de qualquer apelação, embargos infringentes e ação rescisória. Por identidade de razões, afirma a doutrina ser obrigatória também a revisão no julgamento do chamado reexame necessário (CPC, art. 475), porquanto submetido ao mesmo procedimento que rege a apelação⁵³⁹. O próprio CPC, no § 3º do referido art. 551, institui três exceções ao cabimento

⁵³⁶ CPC/39, Art. 874. Nas apelações, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, revistas e ações rescisórias, será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antigüidade. § 1º Exarado o relatório nos autos, serão êstes conclusos ao revisor, que os devolverá em vinte (20) dias, declarando concordar com o relatório, ou retificando-o.

⁵³⁷ RITJRJ, Art.35 - Antes de lançar o "visto", poderá o revisor alvitrar ao relator diligências que a este competirem, bem como retificações ou aditamentos ao relatório.

⁵³⁸ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 299; e FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 761, para quem “a finalidade da revisão é certificar-se da exatidão de tudo quanto relatado, reforçando a versão do relator para um exato julgamento pelo vogal que toma contato com o feito, pela primeira vez, no dia da sessão”.

⁵³⁹ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 657; ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 296; e PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

da revisão, dispensando-a no julgamento de recursos interpostos em causas submetidas ao procedimento sumário, ao procedimento de despejo e quando impugnada sentença de indeferimento liminar da petição inicial.

Por sua vez, o art. 35 da Lei nº 6.380/80 permite, como mencionado no Capítulo anterior, que a revisão seja dispensada, pelos Regimentos Internos dos Tribunais, nas apelações interpostas em execuções fiscais⁵⁴⁰. De forma similar dispõe o art. 90, § 1º, da LOMAN, permitindo que seja dispensada a revisão, por norma regimental, quando o recurso versar questão predominantemente de direito, em enunciado normativo que, originalmente, se dirigia ao Tribunal Federal de Recursos, mas que, com a sucessão de tal Corte pelos atuais Tribunais Regionais Federais, a estes teve seu âmbito de incidência estendido⁵⁴¹. Estas duas últimas hipóteses, portanto, tratam de casos de revisão *dispensável*, que pode ser afastada por norma procedimental de natureza específica constante do Regimento Interno dos Tribunais.

Não há, em meio a tais regras, qualquer fio condutor que lhes confira racionalidade. Com efeito, questões relevantíssimas do ponto de vista material ou processual podem ser apreciadas pelo colegiado em sede de agravo de instrumento, sem que, para tanto, haja a atuação do revisor⁵⁴². De outro lado, embora no procedimento sumário e no indeferimento liminar da petição inicial possa ser visualizado algum indício, nem sempre verdadeiro, de que a matéria discutida no recurso apresente simplicidade a justificar a dispensa de revisão, o

⁵⁴⁰ Lei nº 6.380/80, Art. 35 - Nos processos regulados por esta Lei, poderá ser dispensada a audiência de revisor, no julgamento das apelações.

⁵⁴¹ LOMAN, “Art. 90 - O Regulamento Interno disporá sobre as áreas de especialização do Tribunal Federal de Recursos e o número de Turmas especializadas de cada uma das Seções bem assim sobre a forma de distribuição dos processos. § 1º - Com finalidade de abreviar o julgamento, o Regimento Interno poderá também prever casos em que será dispensada a remessa do feito ao revisor, desde que o recurso verse matéria predominantemente de direito”. Conforme aponta PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 47, a validade da dispensa de revisão no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, com amparo no referido artigo da LOMAN, foi chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça no seguinte acórdão, *verbis*: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – FLEXIBILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO SE CONHECIDO O RECURSO ESPECIAL POR OUTRO FUNDAMENTO – DISPENSA DE REVISOR NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO – POSSIBILIDADE – NULIDADE DO JULGAMENTO NÃO CONFIGURADA – PIS – COFINS – LEI 9.718/98 – ART. 110 DO CTN – ENFOQUE CONSTITUCIONAL. 1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, mesmo em relação a nulidades absolutas. 2. Admite-se, no entanto, que as questões de ordem pública sejam apreciadas independentemente de prequestionamento desde que aberta a via do especial, quando ultrapassado o juízo de conhecimento por outros fundamentos (Súmula 456/STF). 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC, ensejando o exame de alegação de nulidade do acórdão por infringência do art. 551 do CPC, em razão da não participação do revisor no julgamento da apelação. 4. Nas questões meramente de direito, a ida dos autos ao revisor se afigura burocracia inaceitável, que não resiste a um estudo lógico da finalidade do processo e à aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, havendo previsão da dispensa de tal procedimento na Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79) e nos Regimentos Internos dos TRF's, como, por exemplo, o da 1ª ou 4ª Região. 5. Preliminar de nulidade de idêntico teor afastada no julgamento do REsp 380.006/RS, apreciado pela Primeira Seção desta Corte em 10/12/2003. 6. O conceito de faturamento encontra seu leito natural na própria Constituição Federal, não sendo possível ao STJ analisar em nível infraconstitucional tal definição, ainda que por alegação de infringência ao art. 110 do CTN ou a outros dispositivos da lei federal. 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido” (REsp 496197/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2005, DJ 09/05/2005, p. 330).

⁵⁴² Já havia apontado tal incoerência LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 322.

mesmo não pode ser dito dos recursos interpostos em causas submetidas ao procedimento de despejo, segundo os arts. 59 e segs. da Lei nº 8.245/91, nem sempre subsumíveis à figura do despejo por mera falta de pagamento ou por exaurimento do prazo de vigência do contrato locatício⁵⁴³. Por fim, há apelações que, embora submetidas ao exame do revisor, não ostentam especial complexidade ou significância social, como, por exemplo, a interposta contra sentença julgando procedente embargos à execução fundados em excesso de execução. O mesmo vale para o julgamento de recursos especiais e extraordinários, cujo teor pode repercutir, com a progressiva força que adquire o precedente no direito brasileiro, para muito além do caso concreto, e isso sem que seja imposta pela lei a atuação do revisor.

Devido em grande parte a tais incoerências, e que denotam uma certa arbitrariedade no regime legal a ponto de resvalar em afronta ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), a verdade é que a figura do revisor, do ponto de vista prático, tem sido gritantemente distorcida, tornando-se formalidade quase estéril: a inércia do revisor resulta muitas vezes na chancela puramente formal ao exame dos autos feito pelo relator, sem contribuir para a retificação do relatório, para a determinação de diligências ou para a robustez do debate na sessão⁵⁴⁴. Nesse contexto, há quem defenda a ampliação das hipóteses de dispensa de revisão, em um exame cuidadoso dos casos em que se revele “um luxo demasiadamente caro, do qual se poderia prescindir sem detrimento real para ninguém”⁵⁴⁵. Já outros advogam a solução por banir terminantemente a obrigatoriedade da revisão, a fim de aprimorar a segunda instância sob o ângulo da celeridade⁵⁴⁶.

As premissas firmadas no Capítulo 2 deste trabalho podem lançar luzes renovadoras na análise do regime jurídico do revisor. Com efeito, naquela oportunidade se assentou que o perfil colegiado do órgão recursal, além de *promover a independência* dos membros julgadores e de atuar como fator de *contenção do arbítrio individual*, destina-se a revestir a decisão judicial de um *reforço na cognição* exercida, porquanto fruto do debate e do

⁵⁴³ O despejo por falta de pagamento é apontado como exemplo típico de caso singelo por LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 323.

⁵⁴⁴ Atesta a ocorrência de tal fenômeno PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45: “Na prática, contudo, no mais das vezes, dado o volume de trabalho, a existência de inúmeras causas repetitivas e a evolução da informática, os autos são apenas ‘virtualmente’ encaminhados ao revisor. Em verdade, o relator encaminha o relatório e o seu projeto de voto ao revisor que apenas solicitará os autos ao gabinete do relator quando sentir necessidade de exame mais acurado do caso. E essa solicitação de autos parece rarear a medida em que a confiança entre os membros do órgão se amplia e que as divergências se harmonizam e os entendimentos se alinham”.

⁵⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 659.

⁵⁴⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 323.

intercâmbio de ideias entre ao menos três julgadores distintos. Do ponto de vista teórico, portanto, seria imprescindível, para que se mantivesse fiel a essas premissas, que o procedimento recursal ordinário fosse estruturalmente orientado a fornecer as condições materiais e jurídicas para que tais finalidades fossem alcançadas, através de cada ato e de cada etapa que o compõem.

A só previsão da figura do revisor na lei, porém, revela justamente o inverso. Com efeito, ao dispor sobre os casos em que a revisão se impõe, a lei processual, por exclusão, simplesmente tolera que, nas demais hipóteses, recursos e ações originárias sejam julgados por membros do colegiado que sequer tiveram qualquer espécie de contato com os autos. Muitas vezes, por certo, as partes trazem aos vogais os elementos do litígio através do exercício da oralidade desformalizada nos gabinetes, como visto no item antecedente. No comum dos casos, porém, o que ocorre é algo de difícil explicação do ponto de vista teórico: três julgadores se reúnem para deliberar depositando toda a credibilidade da decisão a ser proferida sobre o estudo dos autos realizado pelo relator. Apenas este, como visto, examina os autos, o que limita forçosamente o âmbito de atuação dos demais membros na sessão de julgamento. Evidentemente não se afasta, por um lado, a possibilidade de crítica de fundamento jurídico suscitado pelo relator, acerca do qual já tenha o vogal, por força do destino, refletido em oportunidade *anterior*, de vez que é pouco o tempo hábil, pelo modo como as sessões de julgamento são conduzidas hodiernamente nos Tribunais, para a reflexão profunda durante o próprio julgamento. Esta última razão torna, ainda, de pequena probabilidade a suscitação de questões de direito absolutamente novas pelos vogais, cuja pertinência não tenha sido sequer referida pelo relator em suas manifestações. Por fim, no domínio das questões fáticas, e resguardados eventuais pedidos de vista, o *senhorio* do relator é quase absoluto, tornando-se pouco o questionamento das afirmações de fato em que se funde o voto do relator.

Em última análise, portanto, a maior confiabilidade que justificaria a formatação colegiada do órgão recursal cai por terra quando a decisão assim proferida finca seus alicerces apenas na cognição exercida pelo relator sobre os autos. Todo o prestígio do debate e da troca de visões resta minado quando os demais membros do colegiado formam o respectivo convencimento sem analisar os autos, sem se inteirar do conteúdo dos atos postulatórios praticados pelas partes e, ainda, mesmo dos atos decisórios proferidos em primeiro grau, pautando-se exclusivamente pelo que narre, por escrito ou oralmente, o relator e pelo que as partes eventualmente manifestem nos quinze minutos de sustentação oral, quando esta última for cabível. E, ademais, o cenário é completo pela regra procedimental firmada pela doutrina e

acolhida pela jurisprudência de que, uma vez proclamado o resultado pelo presidente na sessão, os votos se tornam inalteráveis, como será visto mais à frente neste Capítulo. Em outras palavras, e cogitando-se da hipótese de o relator votar vencido e caber a outro membro a redação do acórdão, mesmo quando ele venha a ter seu primeiro contato com os autos, ao redigir a decisão, disso não poderá decorrer qualquer incremento validamente considerável para a causa, pois seu voto já restou sacramentado na sessão de julgamento pela referida regra procedimental.

Como não se ignora, seria possível criticar a posição aqui sustentada sob o argumento da celeridade processual, eis que a circulação dos autos entre a turma julgadora demandaria custos administrativos e de pessoal que não se coadunariam com o cenário da avalanche de processos em que se vê inserida a Justiça civil no século XXI. O remédio, porém, não condiz com o diagnóstico. É que para os casos em que prepondera o clamor por celeridade e simplificação processual deveria ser aplicável, como de fato já o é na prática, o procedimento recursal sumário, com o julgamento monocrático dos recursos, que não prima, sob o ângulo teórico, pela nota distintiva da cognição exercida. Assim, o que resulta do discurso é o completo abandono das próprias premissas pelas quais deveria se legitimar o julgamento colegiado, que se reduz a um promessa falaciosa de confiabilidade e de segurança: se aos demais julgadores não são dadas as condições para que formulem cada qual um juízo seguro sobre a matéria discutida, é de se indagar qual o intuito do legislador ao impor a reunião de ao menos três membros para o julgamento, pois, por certo, a celeridade seria atingida com muito maior facilidade dispensando-se a chancela meramente formal da cognição exercida pelo relator, pelo exercício do julgamento monocrático. Assim, sob o argumento da celeridade, quebra-se de forma absoluta o compromisso com o reforço da cognição mesmo no último reduto em que ela deveria se inserir, isto é, no julgamento colegiado.

Ressalte-se que grande parte das críticas acima feitas poderiam ser dirigidas também ao comando contido no art. 553 do Código, ao determinar a distribuição de cópias do relatório previamente à sessão de julgamento apenas nas hipóteses de interposição de embargos infringentes e de ação rescisória⁵⁴⁷. Ora, a preocupação manifestada pelo legislador em prever medida voltada a instruir minimamente a cognição dos vogais apenas em tais julgamentos revela, por um lado, o atingimento insatisfatório do fim almejado, pois o eventual debate ainda dependerá profundamente do exame da causa feito por um único juiz – o relator –, a

⁵⁴⁷ CPC, Art. 553. Nos embargos infringentes e na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o tribunal competente para o julgamento.

quem compete redigir o texto a ser divulgado, sendo o conhecimento dos demais membros adquirido através da mediação deste último. Simultaneamente, o referido dispositivo representa a mais absoluta negligência do legislador com relação às demais hipóteses de julgamento não abrangidas pelo comando, como, por exemplo, a apreciação de agravos de instrumento e de apelações em que seja dispensada a revisão, nas quais a participação dos vogais ocorrerá, ressalvado o exercício da oralidade desformalizada nos Tribunais, sem qualquer contato prévio mínimo com os autos do processo.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, portanto, o sistema processual em vigor para a apreciação dos recursos é flagrantemente incapaz de promover sequer minimamente a finalidade de *reforçar a cognição judicial* na deliberação colegiada. E disso se extrai que a razão, no ponto, está com aqueles que defendem o fim do instituto da revisão no Código de Processo Civil, mas por motivo relativamente distinto do normalmente apontado: não deve haver mais revisão porque *todos os membros do colegiado devem ser, necessariamente, revisores*. Não basta que a lei imponha em tal ou qual hipótese a remessa dos autos ao revisor. Ao contrário, para que o procedimento recursal ordinário, repita-se, não resulte em uma promessa falaciosa de confiabilidade e segurança, é imprescindível que em todos os casos submetidos à colegialidade cada membro do órgão julgador tenha acesso a condições materiais para formar um juízo minimamente seguro sobre a controvérsia retratada nos autos. Como não se ignora, a própria fonte de legitimidade social da jurisdição reside na racionalidade por que tem de se pautar o juiz, submetido a um ônus de motivação para reconduzir o ato de vontade e de inteligência por ele praticado na decisão judicial aos enunciados lingüísticos que consolidam, no direito positivo, os parâmetros de condutas sociais, sempre sob o crivo do contraditório. De tal ônus, perdoe-se o truísmo, não se liberta o julgador pelo mero fato de compor, na qualidade de vogal, um órgão recursal colegiado, e realizá-lo com margem mínima de consistência sem o acesso aos autos do processo é tarefa árdua para qualquer mortal privado do dom da onisciência⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 307: “Mas é forçoso reconhecer que tão ruim quanto o monocratismo em 2º grau é a falsa colegialidade, através de julgamentos-relâmpago ou em pilhas, em que todos acompanham o voto do relator, sem saber o que estão decidindo e sem uma análise cuidadosa dos fatos, provas e alegações apresentados pelas partes. Ou a falsa colegialidade, em que apenas um ou dois de todos os participantes do órgão julgador examinaram previamente os autos, confundindo a colegialidade judicial com a colegialidade parlamentar. Nesta, cada um dos votantes traz do seu contato direto com os seus eleitores os elementos de convicção suficientes para manifestar a sua vontade e compor coletivamente a vontade popular. Naquela, cada juiz somente pode formar a convicção sobre as alegações das partes, os fatos e as provas, se tiver exercido efetiva cognição sobre todos os atos do processo”.

Neste ponto, as mudanças introduzidas no texto do Projeto de Novo CPC, tal como aprovado pelo Senado em 2010, são de pequena monta. Com efeito, o art. 889 do Projeto⁵⁴⁹ limita-se a incorporar, em seu texto, a abolição dos embargos infringentes, uma das diretrizes gerais defendidas pelos autores do texto como medida destinada a simplificar o sistema recursal, de modo que consta do *caput* do dispositivo, além de breve menção ao fenômeno da informatização do processo, o cabimento da revisão apenas para os casos de interposição de apelação e de ajuizamento de ação rescisória. Por fim, o teor § 3º do dispositivo revela somente uma cláusula de remissão para as hipóteses em que expressamente afastada a revisão por disposição legal, acompanhada da previsão desde logo apenas da dispensa para a apelação interposta contra decisão de indeferimento liminar da petição inicial.

Em suma, a inserção dos arts. 551 e 553 do CPC na sistemática geral do procedimento recursal no Brasil põe às claras a deficiência da lei processual em assegurar o atingimento mínimo do objetivo de *reforçar a cognição* no julgamento colegiado, eis que ausentes as condições materiais indispensáveis para que o intercâmbio de visões inerente à colegialidade se transmude em proveito do ponto de vista cognitivo.

3.4. A pauta de julgamento das sessões colegiadas

Por razões de eficiência, a reunião dos membros do colegiado, na sessão de julgamento, é realizada para o fim de que seja apreciado não apenas um único recurso, mas sim diversos na mesma data. Imagine-se, por exemplo, que a pendência de uma causa dotada de grande relevância fizesse com que o órgão judicial se reunisse com a finalidade exclusiva de discuti-la: se porventura algum mal acometesse o relator do processo, todos os custos administrativos e de pessoal para a realização da sessão se veriam desperdiçados pela inexistência de qualquer outro processo apto a ser julgado na mesma oportunidade. Ademais, não é de todo incomum que, nos Tribunais de segunda instância, sejam suscitadas questões que não exijam reflexão através de longos e infundáveis debates, apenas concluídos com a

⁵⁴⁹ Projeto de Novo CPC, Art. 889. Tratando-se de apelação e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor, sempre que possível por meio eletrônico. § 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade. § 2º O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento. § 3º Nos casos previstos em lei e na hipótese de indeferimento liminar da petição inicial, não haverá revisor.

utilização por inteiro do tempo disposto regimentalmente para a realização da sessão de julgamento⁵⁵⁰, fazendo possível que sejam julgados mais de um recurso no mesmo dia.

Todos esses fatores induzem a que os trabalhos na sessão de julgamento colegiado sejam organizados segundo uma ordem pré-estabelecida, evitando surpresas para os julgadores, para as partes e para eventuais interessados. E é para esse fim que se destina a *pauta de julgamentos das sessões*, na qual são definidos os processos que se tenciona sejam apreciados e, além disso, a própria sequência com que serão trazidos à deliberação na sessão⁵⁵¹.

O Código de Processo Civil é particularmente omissivo ao dispor sobre o regime da pauta de julgamentos. Além de prever hipóteses em que a prévia inclusão em pauta é dispensada por força de lei – arts. 537, segunda parte, e art. 557, § 1º, com relação, respectivamente, aos embargos de declaração e ao agravo interno –, o Código se limita, no art. 552, que concentra a disciplina da pauta, a (i) fixar a competência do presidente para a designação do dia para julgamento – *caput* –; (ii) ordenar que seja observada a garantia da publicidade através da publicação da pauta no órgão oficial e da afixação do respectivo teor na entrada da sala de sessão – *caput* e § 2º –; (iii) impor a observância da antecedência mínima de quarenta e oito horas entre a data da publicação da pauta e o dia de realização do julgamento – § 1º –; e (iv) determinar a prevenção do juiz que houver lançado, como relator ou revisor, o "visto" nos autos, que apenas deixará de participar da turma julgadora na hipótese de força maior – § 3º.

A omissão das disposições do Código, como é natural, faz surgir amplo espaço para a atuação dos Regimentos Internos dos Tribunais, que, na linha do que se afirmou no Capítulo anterior, podem instituir regras específicas sobre o regime formal da pauta de julgamento. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, dispõe sobre a pauta nos arts. 50 a 54, cujas regras serão objeto de menção nos tópicos seguintes, conforme sejam pertinentes aos temas abordados⁵⁵².

Feitas essas considerações gerais, a seguir serão analisados três pontos sensíveis do regime da pauta de julgamento, sob o ângulo das premissas teóricas deste trabalho. Em primeiro lugar, é preciso expor a conexão que existe entre a intimação prévia das partes

⁵⁵⁰ É o que se passa, ao contrário, com as questões de alta complexidade teórica discutidas e julgadas no plenário do Supremo Tribunal Federal, a demandar, muitas vezes, a continuação da deliberação ainda que por mais de um dia de julgamento.

⁵⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*. In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 82.

⁵⁵² Como se verá a seguir, no momento próprio, o art. 120 da LOMAN também estabelece regra procedimental sobre a pauta de julgamento, mas sem qualquer relevância digna de nota.

quanto à pauta de julgamento e a garantia fundamental do contraditório participativo, compreendendo-se tal ato como uma formalidade essencial, já que a efetividade dos atos de comunicação processual é indispensável para o exercício da plenitude de defesa, o que há de condicionar a validade, à luz da Constituição, de todas as disposições normativas que impõem o denominado “*julgamento em mesa*”. Na sequência, será analisado o regime do adiamento dos julgamentos, na medida em que, através desse mecanismo, muitas vezes a observância das garantias fundamentais do processo é posta singelamente de lado com a tolerância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a pretexto de razões pragmáticas. Por fim, serão feitas breves considerações sobre o controle da arbitrariedade da definição do teor da pauta de julgamento pelos presidentes do órgão de julgamento, com a busca de possíveis balizas normativas.

A ordem lógica sugeriria que a exposição quanto ao regime procedimental da pauta se iniciasse pelas balizas que podem incidir sobre a definição de seu conteúdo, isto é, sobre a atividade decisória do Presidente do órgão colegiado de incluir ou não determinado feito na ordem de julgamentos a serem realizados em uma dada sessão colegiada. De fato, e como se sabe, apenas após realizada a inclusão do recurso na pauta é que passa a ser concebível a indagação acerca do modo como as partes devem ser comunicadas da perspectiva de julgamento, ou, mais adiante ainda, sobre como deve ser realizada, sob o ângulo formal, a retomada do julgamento por conta de eventual adiamento. Por opção metodológica, porém, a exposição que se segue dará destaque inicial a estes dois últimos pontos, que se ligam de forma mais imediata com a garantia fundamental do contraditório e repercutem diretamente na esfera jurídica das partes, para que, após isso, seja feita a reflexão sobre o regime jurídico da definição do conteúdo da pauta, ainda incipiente no direito positivo e na doutrina processual brasileira.

3.4.1. A intimação da pauta como decorrência do contraditório participativo

Para garantir a publicidade dos julgamentos com relação à sociedade, isto é, a denominada *publicidade processual externa*⁵⁵³, o art. 552, § 2º, do Código determina que seja

⁵⁵³ A publicidade externa “volta-se para interesses que se apresentam além da esfera das pessoas dos litigantes, com o intuito de dotar o processo de uma legitimidade democrática associada à obtenção do consenso popular”, conforme afirma ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*, São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 128, em

afixada a pauta na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento, a fim de que todo e qualquer interessado possa dela ter conhecimento. É bem verdade, contudo, que o conteúdo da pauta também é trazido ao público em geral através da publicação do respectivo teor no Diário Oficial, como determina o *caput* do art. 552 em combinação com o § 1º do mesmo dispositivo, com a antecedência mínima de quarenta e oito horas⁵⁵⁴. Mas os destinatários preferenciais dessa última disposição consistem, na realidade, nas partes que figuram no recurso, maiores interessados na sorte da impugnação a ser definida pelo julgamento colegiado, e cuja posição jurídica exige um regime peculiar, por parte do legislador, quanto à ciência da data em que ocorrerá o julgamento.

A publicação da pauta no Diário Oficial, como não se ignora, configura espécie de ato de comunicação processual. Como todo ato de comunicação, tem ela por finalidade noticiar às partes algo que ocorreu ou que venha a ocorrer no processo, configurando verdadeiro ato de ciência⁵⁵⁵. A bem da verdade, a regra que se extrai da interpretação conjugada do *caput* e do § 1º do art. 552 do CPC representa uma especificação, quanto ao conhecimento da designação da data em que ocorrerá o julgamento, do regime geral previsto nos arts. 234 e seguintes do Código para as intimações, assim entendida a espécie de comunicação processual através da qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa (CPC, art. 234). Por conta disso, a publicação da pauta tem de observar a regra prevista no art. 236, § 1º, do CPC, de modo a dela constar os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para a respectiva identificação⁵⁵⁶, sob pena de nulidade⁵⁵⁷.

contraposição à publicidade interna, dirigida às partes do conflito de interesses, e que, como já visto anteriormente, em última análise se revela como um componente da garantia do contraditório participativo.

⁵⁵⁴ Segundo leciona Barbosa Moreira, a antecedência mínima prevista no art. 552, §1º, do CPC não se estende à afixação da pauta na entrada da sala de sessão, bastando “que se faça antes de a sessão iniciar-se” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 660). No mesmo sentido, ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 305.

⁵⁵⁵ GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 297.

⁵⁵⁶ É mais explícito sobre o teor da publicação ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 303, assinalando que “há de constar o número do recurso (ou da causa), decorrente do protocolo; os nomes do relator e do revisor, existindo revisão; os nomes das partes e dos respectivos advogados, ‘suficientes para sua identificação’ (art. 236, §1º), admitindo-se o uso de iniciais nos processos que correm em segredo de justiça; e o local da sessão (andar e número da sala)”.

⁵⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 660. A redação do dispositivo citado é a seguinte: “Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial. § 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação. § 2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente”. Evidentemente, não pode ser desconhecida a aplicação dos princípios gerais que disciplinam o sistema de nulidades no processo civil, previstos nos arts. 243 a 250 do CPC. Assim, embora a nulidade do julgamento seja a regra nas hipóteses em que descumprido o dever de intimação com antecedência mínima de quarenta e oito horas, nada obsta a incidência do princípio da instrumentalidade das formas nos casos em que as partes, por seus procuradores, compareçam espontaneamente à sessão de julgamento, afastando, assim, qualquer possível prejuízo pela realização imperfeita do ato processual, o que também se passará caso a parte cujo nome tenha sido omitido venha a se sagrar vencedora no julgamento do recurso. Nesse sentido, cf. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 762; ASSIS, Araken, *Manual dos*

A compreensão da intimação prévia da pauta como ato de comunicação processual conduz à sua inevitável conexão com a *garantia do contraditório participativo* (CF, art. 5º, LV). Conforme estudado anteriormente, a releitura do contraditório após o segundo pós-guerra tornou-o a pedra de toque do sistema das garantias fundamentais do processo, na medida em que destinado a viabilizar a concretização do princípio da participação democrática na prestação da jurisdição, oportunizando às partes a chance real de influir de forma eficaz sobre a formação da decisão judicial que atingirá suas esferas jurídicas. Como leciona Leonardo Greco, um dos componentes essenciais da garantia do contraditório participativo consiste na *efetividade dos atos de comunicação processual*: para que o processo possa ser conduzido de maneira a permitir que autor e réu influam sobre os atos a serem praticados e sobre o conteúdo da atividade do juiz, é imprescindível que a eles seja assegurada ciência sobre o modo como cada etapa é percorrida e sobre o teor de cada ato praticado pela parte adversa e pelo julgador, a fim de que possam reagir de forma eficaz e planejar a estratégia futura⁵⁵⁸. Mais do que a ciência meramente formal, assim, a leitura garantística informada pela ideia de *audiência bilateral (audiatur et altera pars)* impõe o controle da *efetividade* dos atos de comunicação processual, tornando excepcional o emprego dos meios de comunicação ficta, viável exclusivamente quando impossível a comunicação real⁵⁵⁹.

Recursos, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 303-4; e PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 52, que aludem ao verbete nº 117 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “A inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade”. No mesmo sentido dispõe o art. 51, parágrafo único, do RITJRJ: “Art. 51 - A pauta será afixada em lugar próprio, à entrada da sala em que se realizar a sessão, e publicada, mediante edital, no órgão oficial, devendo mediar pelo menos 48h (quarenta e oito) horas entre a publicação e a sessão de julgamento. Parágrafo único - A ocorrência de defeito, omissão ou intempestividade na publicação da pauta não obstará ao julgamento se, presentes os advogados de todas as partes, nenhum se opuser por motivo justo à sua realização”.

⁵⁵⁸ GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 297, que, ao comentar de forma geral o regime dos atos de comunicação processual, ressalta que “esses atos são também de grande importância para a efetividade do princípio do contraditório, uma vez que o conhecimento das decisões e dos demais atos praticados no processo assegura o direito das partes de nele participarem efetivamente, influenciando no seu desfecho”.

⁵⁵⁹ Ao decompor o conteúdo da garantia do contraditório em quatro aspectos – audiência bilateral, ampla defesa, flexibilidade dos prazos e paridade de armas –, Leonardo Greco ressalta a necessidade de que, por integrar o aspecto da audiência bilateral, a notificação das partes quanto aos atos processuais seja submetida a um teste de adequação, tempestividade e realidade, nos seguintes termos: “O conteúdo atual do princípio do contraditório é bastante abrangente, desdobrando-se em diversos aspectos, o primeiro dos quais é o da tradicional *audiência bilateral*. O sentido moderno da *audiência bilateral* é o de adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes. O processo deve formar-se e desenvolver-se em permanente contraditório. As sucessivas decisões que o juiz deva adotar devem ser antecedidas de comunicação efetiva às partes (reservado o emprego de meios de comunicação ficta, como os editais, apenas para as hipóteses em que seja impossível a comunicação real), assim como da ampla concessão às partes das faculdades de apresentar alegações, propor e produzir provas e requerer providências aptas a influir substancialmente nas decisões” (GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547). Sob este ângulo, é criticável a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, que afirmou a validade do emprego de citações fictas pelo art. 999, § 1º, do Código de Processo Civil, mesmo quando sabida o local em que se encontra o herdeiro cujo domicílio se encontra em comarca diversa da que tramita o inventário: “Citação por edital. Inventário. Art. 999, § 1º, do Código de Processo Civil. 1. A citação por edital prevista no art. 999, § 1º, do Código de Processo Civil, não agride nenhum dispositivo da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 552598, Relator(a):

É preciso, portanto, recontextualizar a intimação da pauta de julgamentos sob o influxo do valor da participação democrática no processo judicial, entendendo-a como formalidade essencial à ciência das partes quanto ao momento efetivo em que ocorrerá, em segundo grau, a definição da exata repercussão do processo sobre suas respectivas esferas jurídicas. Sob esse ângulo, disposições como as previstas nos arts. 537 e 557, § 1º, do Código de Processo Civil, que prevêm os denominados *julgamentos em mesa* com relação aos embargos de declaração e ao agravo interno, dispensando a intimação prévia das partes, não superam o teste de constitucionalidade à luz da garantia do contraditório participativo. Com efeito, para que recorrente e recorrido se vejam não como meros objetos ancilares à jurisdição, mas sim como verdadeiros partícipes da decisão tomada pelos julgadores, é imprescindível que a ambos seja franquada a oportunidade real de presenciar o julgamento do feito em que figurem como interessados⁵⁶⁰.

Nada justifica que, realizando-se em um determinado momento e local a etapa procedimental voltada para a apreciação do recurso interposto pelo recorrente, disso não se faça comunicação para ambas as partes, para que, se quiserem, estejam presentes, ainda que através de seus procuradores, e vivenciem tão intimamente quanto possível a prolação da decisão colegiada sobre o drama humano no qual tenham se inserido. Como afirma Barbosa Moreira, a sessão colegiada nos tribunais tem por paralelo mais evidente, do ponto de vista substancial, a *audiência de instrução e julgamento* através da qual se encerra, de regra, a fase cognitiva do procedimento comum ordinário em primeiro grau, e é simplesmente inconcebível que esta última, por menor que seja a relevância da causa ou a complexidade das questões jurídicas discutidas, seja realizada sem a intimação prévia das partes, por seus advogados⁵⁶¹. Em última análise, apenas uma visão autoritária da Justiça civil, que desconsidere por completo o reflexo do julgamento sobre a pessoa do jurisdicionado, e isso ainda que sob o ângulo exclusivamente psicológico, poderia legitimar a singela dispensa da intimação das partes para que compareçam à sessão colegiada, em absoluto descompasso com

Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-14 PP-02744 RTJ VOL-00209-02 PP-00917 RT v. 98, n. 880, 2009, p. 118-122).

⁵⁶⁰ Não se coloca, por enquanto, a questão relativa à publicidade do momento da deliberação colegiada, a ser abordada em tópico à frente. Com efeito, ainda que, como se passa em exemplos do direito comparado, a publicidade fosse restrita aos momentos em que ocorre a sustentação oral e, posteriormente, quando proclamado o resultado da deliberação, mantendo-se a própria deliberação a portas fechadas, a verdade é que a compreensão da intimação da pauta como elemento do contraditório participativo ainda exigiria que, previamente à sessão, fossem intimadas as partes sobre a inclusão de seu recurso em julgamento. As questões, portanto, não se confundem, sendo por isso mesmo independentes.

⁵⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 648: “A sessão de julgamento do recurso corresponde, no plano substancial, à audiência em que geralmente culmina a fase cognitiva do procedimento de primeiro grau, no processo de conhecimento. Pelo ângulo formal, contudo, a semelhança é relativa. Já foi maior, enquanto na instância superior só a título excepcional se podia chegar à decisão sem realizar-se a sessão de julgamento em que ocorre o debate oral; as recentes reformas, porém, modificaram profundamente esse panorama”.

a moderna compreensão humanista do direito processual, que atribui a juízes e partes o papel de interlocutores em um diálogo humano e que reconhece, como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, o chamado “*direito a um dia na Corte*” a todo e qualquer indivíduo⁵⁶².

É bem verdade que a finalidade mais clara com que a lei processual instituiu a intimação prévia da pauta, com a antecedência de quarenta e oito horas, consiste em ensejar a preparação para a sustentação oral a ser realizada pelas partes em sessão. Justamente por isso é que, sob o regime do CPC/39, já havia quem criticasse o prazo de quarenta e oito horas por ser muito exíguo para a devida preparação dos advogados para o arrazoado oral⁵⁶³. Mas a fundamentação acima exposta, ao contrário, impõe o dever de intimação prévia das partes *ainda que o recurso seja desprovido de sustentação oral*, a exemplo dos embargos de declaração e do agravo interno, como fruto da visão garantística do direito processual civil, já que em todo e qualquer caso o julgamento em sessão repercutirá sobre a esfera jurídica das partes que figurem no recurso. Ademais, a necessária vinculação entre a intimação prévia e a sustentação oral seria incoerente com o regime procedimental do agravo de instrumento, espécie de recurso que, embora não enseje sustentação oral (CPC, art. 554)⁵⁶⁴, deve ter o respectivo julgamento precedido de inclusão em pauta⁵⁶⁵. Deste modo, e à luz do art. 234 do CPC, a finalidade da intimação prévia da pauta consiste em dar ciência às partes quanto ao

⁵⁶² Também apontando a ofensa à garantia do contraditório em decorrência dos julgamentos em mesa, cf. GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 307: “Nem mesmo a audiência bilateral, conseqüência primária do princípio do contraditório, é devidamente respeitado no sistema recursal, havendo recursos como os embargos declaratórios e os agravos internos em que o recorrido não só não tem oportunidade de manifestar-se sobre o recurso interposto, nem por escrito, nem oralmente, mas, o que é ainda muito pior, não é ao menos cientificado do seu julgamento, porque são recursos apresentados *em mesa*, ou seja, julgados sem prévia inclusão em pauta”. Mais à frente, na mesma obra, ao comentar a falta de comunicação real que marca o sistema recursal brasileiro, o autor assevera (p. 310): “Ainda mais grave é a tradição dos julgamentos *em mesa*, consagrada em alguns recursos, como os embargos de declaração (art. 537, § 2º) e o agravo interno do art. 557, § 1º, em que o recorrido somente é cientificado do julgamento depois que ele já ocorreu, com absoluta violação da garantia da publicidade”.

⁵⁶³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1963, p. 324-5: “A defesa oral é permitida aos interessados no julgamento de todos os recursos, menos nos embargos declaratórios, *ex vi* do artigo 875 do Código de Processo Civil (n. 256 *infra*). Se as partes não puderem saber, com certa antecedência, a data da sessão do julgamento, ficarão privadas de comparecer à sessão, se quisrem proferir a sustentação oral. O prazo, porém, de 48 horas, previsto no art. 874, § 4º, do Código de Processo Civil, é excessivamente exíguo inclusive para os advogados que residam na capital onde o Tribunal tenha sua sede. A demora habitual na entrega do ‘Diário da Justiça’ (ou órgão equivalente) poderá impedir o exercício daquele direito”.

⁵⁶⁴ CPC, Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

⁵⁶⁵ A título de exemplo, confira-se a seguinte ementa, que explicita a jurisprudência tradicional do STJ sobre o tema: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO POR ÓRGÃO COLEGIADO. INCLUSÃO EM PAUTA. ART. 552 DO CPC. 1. Nos termos do art. 552 do CPC, deve ser incluído em pauta agravo de instrumento julgado por órgão colegiado. Precedentes. 2. Recurso especial provido” (REsp 261.427/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 471). Em idêntico sentido é a ementa do Resp nº 171.131, transcrita logo a seguir no texto.

momento em que será julgado o recurso, para que assim possam comparecer à sessão, haja ou não a possibilidade de realizar sustentação oral.

Neste ponto, o Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão do texto tal como aprovado no Senado Federal, promove avanço considerável. Com efeito, o art. 890, *caput*, do Projeto determina, em redação um tanto quanto equívoca, que “os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando, *em todos os casos tratados neste Livro*, publicar a pauta no órgão oficial”⁵⁶⁶. O trecho em destaque, à primeira vista, poderia indicar que todo e qualquer recurso, pelo só fato de constar do *Livro IV – Dos procesos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*, deveria ter o respectivo julgamento precedido da intimação prévia da pauta. Mas a verdade é que, ao tratar das espécies recursais dirigidas aos Tribunais de segunda instância, o Projeto, embora determine a inclusão em pauta para julgamento de agravo interno (Projeto NCPC, art. 975, § 1º⁵⁶⁷), mantém, com alguma dose de temperamento, a desnecessidade de intimação prévia para julgamento dos embargos de declaração: segundo o *caput* do art. 978, caso o relator, nos Tribunais, traga os embargos para apreciação na sessão imediatamente subsequente à sua interposição, não se imporá a prévia inclusão em pauta, devendo ser apresentado o recurso em mesa para julgamento; se, ao contrário, for superado tal prazo pré-definido pela lei, será imprescindível a intimação prévia quanto à inclusão do recurso em pauta⁵⁶⁸.

Com relação aos embargos de declaração, portanto, o Projeto avança para restringir o risco de surpresa quanto ao momento em que será julgado o recurso, estabelecendo previamente um limite dentro do qual tal recurso pode ser apreciado em mesa, qual seja: a sessão imediatamente posterior à respectiva interposição. Sob o ângulo do embargante, o aprimoramento da legislação é considerável, pois, como se verá com mais vagar no item

⁵⁶⁶ Como se depreende da redação do §1º do dispositivo, o Projeto altera também o interstício mínimo entre a publicação prévia e a realização da sessão de julgamento, ampliando-o para três dias, cuja contagem, segundo o art. 186, *caput*, do Projeto, deve considerar apenas os dias úteis. Confirma-se, na íntegra, a redação do art. 890: “Art. 890. Os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando, em todos os casos tratados neste Livro, publicar a pauta no órgão oficial. § 1º Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o prazo de três dias. § 2º Afixar-se-á a pauta na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento. § 3º Salvo caso de força maior, participará do julgamento do recurso o juiz que houver lançado o ‘visto’ nos autos”.

⁵⁶⁷ Projeto Novo CPC, Art. 975. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas neste Código ou em lei, das decisões proferidas pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão fracionário, observadas, quanto ao processamento, as regras dos regimentos internos dos tribunais. § 1º O recurso será dirigido ao órgão colegiado competente, e, se não houver retratação, o relator o incluirá em pauta para julgamento colegiado, na primeira sessão. § 2º Quando manifestamente inadmissível o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito prévio do respectivo valor, ressalvados os beneficiários da gratuidade de justiça que, conforme a lei, farão o pagamento ao final.

⁵⁶⁸ Projeto Novo CPC, Art. 978. O juiz julgará os embargos em cinco dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. Não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta. Parágrafo único. Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão proferida na forma do art. 888, o relator os decidirá monocraticamente.

seguinte, no que toca ao regime do adiamento, a delimitação prévia de um prazo razoável para que as partes, por seus advogados, acompanhem diligentemente o julgamento dos recursos em que sejam interessados não ofende o devido processo legal, já que não enseja a denominada surpresa processual. Assim, se julgados os embargos na sessão imediatamente posterior à interposição, o próprio texto do Projeto, se aprovado, já exercerá a função de publicidade quanto à data de realização do julgamento, de modo que a finalidade por detrás da publicação da pauta apenas será útil caso superado tal prazo limite, quando então, na teoria, reinaria a incerteza, justamente como dispõe a parte final do *caput* do art. 978. Ocorre, porém, que a virtude do regime inovador do Projeto se restringe à perspectiva do embargante, desconsiderando a posição subjetiva do *embargado*. Se o regime do art. 978, primeira parte, é dotado de razoabilidade quanto a quem interpõe o próprio recurso, ele evidentemente acabará por reincidir nos mesmos déficits garantísticos apontados acima no regime atual do CPC/73 quanto ao embargado, que poderá ter sua esfera jurídica atingida por um julgamento realizado em data para a qual não lhe fora dada ciência prévia, em típico caso de surpresa processual⁵⁶⁹. Melhor seria, assim, que o Projeto de Código estabelecesse a regra geral e invariável da prévia intimação da pauta para toda e qualquer hipótese de julgamento colegiado, conferindo a mesma proteção às posições do embargante e do embargado.

Por fim, merece menção precente do Superior Tribunal de Justiça que consignou não ser lícito ao Regimento Interno dos Tribunais de segunda instância o afastamento do dever de intimação das partes acerca da pauta se existir regra nesse sentido prevista no Código de Processo Civil, como se passa com o agravo de instrumento⁵⁷⁰. Na realidade, porém, a

⁵⁶⁹ E não é suficiente argüir que a posição do embargado apenas será atingida de modo efetivo quando conferidos efeitos modificativos ao julgamento dos embargos de declaração, caso em que o próprio Projeto já determina a intimação prévia do embargado para contrarrazões (Projeto NCPC, art. 976, parágrafo único), correndo a partir desse momento o prazo para julgamento em mesa mencionado no *caput* do art. 978. Ao contrário, basta pensar na hipótese de o embargante apontar erro material na decisão embargada, o que em muitos casos, mas especialmente na fase executiva, pode representar uma alteração sensível na tutela jurídica conferida ao embargado, a justificar que seja ele intimado previamente da data da realização do julgamento, para presenciá-lo. O raciocínio se estende a todas as demais hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, pois em qualquer delas há a perspectiva de alteração do conteúdo da decisão que, anteriormente, havia delimitado em termos certos e pretensamente invariáveis a posição jurídica do embargado.

⁵⁷⁰ Nesse sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 661, no qual cita o acórdão proferido pelo STJ no julgamento do REsp nº 171.531, cuja ementa é a seguinte: “PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA O JULGAMENTO - INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - ART. 552, § 1º E ART. 236, § 1º, DO CPC - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - DESNECESSIDADE NA ESPÉCIE DOS AUTOS - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. É dispensável o prequestionamento como pressuposto do Recurso Especial quando o recorrente alega nulidade do acórdão por ausência de intimação para o julgamento. É obrigatório tornar pública a inclusão em pauta do Agravo de Instrumento, sob pena de afrontado o princípio da publicidade dos julgamentos, concretizado no comando do artigo 552 do CPC, cujas exceções, expressamente previstas no Código, são o conflito de competência e os embargos declaratórios. Independe, também, de pauta, por razões óbvias, o pedido de *habeas corpus*. O disposto no § 3º do artigo 434 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo vulnera o disposto em princípio constitucional e no estatuto processual civil. O Regimento Interno de Tribunal não pode desafiar norma de garantia processual do Código de Processo Civil, uma vez que está na esfera de sua competência privativa apenas a organização *interna corporis* do Tribunal e seus julgamentos, desde que, quanto aos últimos, sejam respeitados os princípios constitucionais e as normas processuais. Recurso

contrariedade a justificar a nulidade da disposição regimental não é com o teor do Código de Processo, porquanto, nesse tema, seria preciso indagar acerca da difícil distinção entre norma procedimental geral e norma procedimental específica, como já visto no Capítulo anterior, cenário em que, a princípio, caberia realmente à regra específica dos Regimentos Internos a definição da incidência ou não do dever de intimação da pauta quanto a cada recurso; a nulidade, ao contrário, decorre da ofensa à *garantia fundamental do contraditório participativo*, a justificar não só a nulidade dos casos em que o Regimento dispense a intimação através da pauta, mas também das hipóteses em que o próprio Código de Processo Civil, lei federal, o faça, pois tanto o Regimento quanto o legislador federal têm o dever de observar as garantias fundamentais do processo⁵⁷¹.

Em conclusão, devem ser tidos por inconstitucionais, por violação à garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV) e à publicidade processual em sua feição interna (CF, art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX), todo e qualquer dispositivo normativo que afaste a prévia intimação das partes quanto à data designada para julgamento colegiado dos recursos em que figurem como interessados.

3.4.2. O regime do adiamento

Firmada a premissa de que a intimação da pauta às partes configura decorrência da garantia do contraditório participativo e da publicidade processual, é preciso examinar a forma peculiar como o enfoque garantístico repercute também sobre o regime do adiamento do julgamento. Com efeito, é muito comum que, no curso dos trabalhos da sessão, nem todos os recursos incluídos na ordem do dia sejam de fato apreciados naquela data. E isso por motivos os mais variados. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

especial conhecido e provido. Decisão unânime” (REsp 171531/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 150).

⁵⁷¹ Embora extravase dos limites deste trabalho, por avançarem para o campo processual penal ou por não se restringirem ao tema dos recursos, devem ser submetidas a um teste rigoroso de constitucionalidade as diversas hipóteses em que o RITJRJ, através de seu art. 50, § 2º, dispensa a prévia intimação da pauta para julgamento, *verbis*: “Art. 50 (...) § 2º - Independem de inclusão em pauta para serem julgados: a) as reclamações; b) os habeas corpus e seus recursos; c) os requerimentos de suspensão condicional de execução de pena privativa de liberdade e de extinção de punibilidade; d) os embargos de declaração; e) os agravos interno e regimental; f) as desistências e transações; g) as habilitações incidentes; h) as exceções de impedimento ou de suspeição; i) os conflitos de atribuições, de competência ou de jurisdição; j) as representações por excesso de prazo; l) as restaurações de autos; m) os feitos que o relator puser em mesa, em razão da existência de questão relevante que possa impedir o julgamento do mérito, por incompetência do Órgão Julgador ou manifesta inadmissibilidade da ação ou do recurso; n) as questões de ordem (art. 31, II); o) os desaforamentos”.

Janeiro, por exemplo, enumera, em seus arts. 52 a 54, as seguintes hipóteses de adiamento: (i) pelo esgotamento do horário normal de trabalho; (ii) em razão de impedimentos e suspeições, falta de quorum especial ou ausência do relator, do revisor ou de Desembargadores que tenha pedido vista dos autos; (iii) uma única vez, por indicação do relator ou do revisor, ou a requerimento conjunto das partes, ou de uma delas, deferido pelo relator; ou (iv) quando o Presidente, de ofício ou a requerimento de Desembargador, do Órgão do Ministério Público ou da parte, ordene que se retire da pauta, por tempo determinado ou indeterminado, o feito que, por qualquer motivo, não esteja em condições legais ou regimentais de ser julgado⁵⁷².

No mundo ideal, nenhum adiamento seria desejável. Com efeito, muitas vezes os advogados e as partes se deslocam por grandes distâncias a fim de presenciarem o julgamento de seu caso, com custos econômicos dificilmente recuperáveis por qualquer via. Se, no entanto, a possibilidade de que sobrevenham motivos justificados a impedir a apreciação do feito não pode ser ignorada, não se pode igualmente fechar os olhos para o impacto que o adiamento pode causar na esfera jurídica das partes, já que, como visto acima, a própria intimação da pauta configura formalidade essencial a assegurar a efetividade dos atos de comunicação processual, componente da garantia o contraditório participativo. Por essa razão, também os requisitos formais para o adiamento do julgamento devem ser submetidos a um exame crítico à luz das garantias fundamentais do processo, em especial para o fim de evitar a concretização de *supresas processuais*.

Com efeito, tradicionalmente sempre se admitiu a validade dos julgamentos realizados após o adiamento, ainda que inexistente a intimação das partes quanto à nova data de julgamento do recurso. Afirma-se, assim, que a primeira publicação já respeitaria de qualquer modo o prazo dilatatório de quarenta e oito horas exigido pelo art. 552, § 1º, do CPC, bastando que seja feita menção genérica, na pauta da sessão em que se realizará o julgamento, *a todos os feitos anteriores acaso pendentes de apreciação por adiamento*⁵⁷³. Mas essa orientação

⁵⁷² RITJRJ, Art.52 - O feito incluído em pauta só poderá ter adiado o seu julgamento: I - pelo esgotamento do horário normal de trabalho, salvo prorrogação; II - em razão de impedimentos e suspeições, falta de quorum especial ou ausência do relator, do revisor ou de Desembargadores que tenha pedido vista dos autos; III - uma única vez, por indicação do relator ou do revisor, ou a requerimento conjunto das partes, ou de uma delas, deferido pelo relator. Parágrafo único - Os julgamentos não realizados, por qualquer motivo, serão automaticamente transferidos para a sessão seguinte. Art. 53 - Os feitos sem julgamento, pela superveniência de férias, ou nos 60 (sessenta) dias subseqüentes à publicação da pauta, somente poderão ser julgados mediante novo edital, salvo se presentes os advogados das partes. Art. 54 - O Presidente, de ofício ou a requerimento de Desembargador, do Órgão do Ministério Público ou da parte, ordenará que se retire da pauta, por tempo determinado ou indeterminado, o feito que, por qualquer motivo, não esteja em condições legais ou regimentais de ser julgado. Parágrafo único - Ordenando-se a retirada por tempo determinado, o feito será incluído na pauta da primeira sessão que se seguir ao vencimento do prazo.

⁵⁷³ No sentido apontado, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 662, que apenas ressalva a existência de disposição de Regimento Interno em sentido contrário como óbice à dispensa de nova intimação: “Regularmente publicada a pauta, e salvo norma regimental em sentido contrário, inexistirá nulidade caso se adie para outra sessão o julgamento do feito: ter-se-á respeitado o prazo dilatatório. Para eliminar

peca por se distanciar da realização *in concreto* da garantia do contraditório, ao depositar confiança em formalidade desprovida de qualquer efetividade como meio de comunicação processual e, por consequência, relegar as partes a um cenário de extrema incerteza.

A questão, porém, tem de ser analisada em seus devidos termos. É que a lei ou o Regimento, por certo, podem impor determinado grau de diligência aos advogados das partes no controle e no acompanhamento do julgamento dos recursos em que figurem como procuradores. Em última análise, é a própria finalidade de racionalizar a prestação da Justiça, abreviando o tempo necessário à solução do conflito, que permite que os advogados sejam vistos como colaboradores do Estado-juiz na condução do processo, evitando a prática de atos que sejam desprovidos de utilidade. Se, portanto, algum dever de diligência pode ser imposto aos advogados no acompanhamento das sessões que se seguirem àquela em que fora inicialmente incluído o recurso, nem por isso, contudo, tal dever pode permanecer em um estado de latência *ad infinitum*, sob pena de absoluta perda da previsibilidade. O dever de diligência deve ser imposto apenas por um *prazo razoável*, que seja aferível a partir da data da sessão inicialmente designada para julgamento do recurso: é a intimação original da pauta que serve de meio para trazer ao conhecimento dos patronos das partes a perspectiva de que o julgamento será realizado, de modo que a previsibilidade, indispensável para afastar a pecha de surpresa processual, só pode ser examinada levando em conta tal data. Ultrapassados tais limites, a surpresa processual evidentemente não será evitada pela menção apenas formal e

qualquer cunho de surpresa, os tribunais costumam fazer inserir nas pautas que publicam o aviso de que julgarão os feitos delas constantes e *mais* os que, incluídos em pautas anteriores, ainda não hajam sido julgados”. Igual posição é sustentada por FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 762; PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53; e ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 305-6: “Acontece de a sessão previamente designada não ocorrer por qualquer motivo. E o acúmulo de processos frequentemente esgota os julgadores em horas adiantadas. Em tais hipóteses, adia-se o julgamento para a reunião ordinária seguinte, em geral na semana vindoura, ou designa-se sessão extraordinária em casos extremos. Firmou-se a jurisprudência no sentido da desnecessidade de nova intimação. Emprega-se, no trato da questão, flagrante analogia com a publicação da sentença em audiência. Reputam-se intimados na própria solenidade os advogados presentes e, ainda, os ausentes, desde que previa e regularmente intimados. Assim, os advogados presentes à sessão de julgamento tomam conhecimento da nova data, presumindo-se idêntico efeito para os ausentes. Evitam-se surpresas, conforme se notou, inserindo-se na pauta a advertência e que o órgão fracionário julgará os feitos naquela sessão ou nas subseqüentes”. A orientação alcançou até mesmo o Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da parte final da seguinte ementa, *verbis*: “A divulgação eletrônica do rol dos processos que preferencialmente serão julgados no mês – o que se apelidou de ‘pauta temática’ – não substitui a intimação da pauta pela publicação oficial, em sentido algum: nem a dispensa, quando exigível, nem reabre o prazo de 48 horas, iniciado com a publicação da pauta pelo Diário da Justiça. No caso, publicada a pauta em 31-3-06, a ação direta poderia ser julgada a partir do dia 5-4-06, primeira sessão plenária após cumprido o intervalo regimental. A informação da Secretaria das Sessões, no sítio do Tribunal, na parte ‘pautas do plenário’, de que o processo poderia ser chamado em 7-6-06, por si só, não gera efeitos processuais; de qualquer sorte, o certo é que nela se divulgou, em 4-8-06, que o julgamento estava previsto para o dia 10-8-06, o que ocorreu, transcorridos bem mais de 48 horas. Ademais, se o julgamento do caso – há muito incluído em pauta, conforme a publicação oficial – foi incluído na ‘pauta temática’ de 7 de junho e julgado em 10 de agosto, não houve a alegada surpresa. Não cerceia a defesa que, incluído o processo na pauta do Tribunal para determinado dia e nele não se efetuando o julgamento, este se tenha realizado em sessão posterior, cuja pauta previa a possibilidade da chamada de feitos constantes de pautas anteriores” (ADI 2.996-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, DJ de 16-3-07).

genérica, na pauta seguinte, quanto a todos os feitos pendentes, revelando-se imprescindível nova intimação.

A identificação do que seja esse prazo razoável, porém, não é tarefa simples. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, como se depreende da interpretação conjugada dos arts. 50, *caput*, e 53⁵⁷⁴, permite o julgamento sem nova publicação de pauta se realizado em até sessenta dias posteriormente à intimação original⁵⁷⁵. Já o art. 174 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como aponta a doutrina⁵⁷⁶, impõe a nova intimação apenas quando não realizado o julgamento nos quinze dias subseqüentes à sessão de cuja pauta constava o recurso. Tais normas regimentais devem ser tidas por formalmente válidas à luz do art. 96, I, 'a', da Constituição Federal, atuando no espaço normativo próprio dos Regimentos Internos – normas específicas em matéria de procedimento dos recursos. Do ponto de vista material, porém, é preciso submetê-las a um teste de validade à luz da garantia do contraditório participativo, na forma em que concretizada pela jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e como revelada pela atuação, em temas similares, do próprio legislador federal, ao estabelecer regras gerais para hipóteses conexas.

De fato, o Código de Processo Civil, ao dispor, em seu art. 555, §§ 2º e 3º, com a redação posterior à Lei nº 11.280/06, sobre o regime do pedido de vista na deliberação colegiada, instituiu regime que toca de perto em problema muito similar ao presente. Prevê o primeiro dispositivo que, uma vez realizado o pedido de vista por um dos membros do colegiado, tem este o dever de devolver os autos no prazo de dez dias, contados da data em que o recebeu, para que o julgamento prossiga na primeira sessão ordinária subseqüente à devolução, dispensando-se nova publicação em pauta (§ 2º). Caso seja descumprido tal prazo para devolução, sem que tenha sido solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o § 3º do dispositivo determina que o Presidente do órgão julgador requisite os autos e reabra o julgamento na sessão ordinária subseqüente, mas dessa vez com nova publicação do feito em

⁵⁷⁴ RITJRJ, Art.50 - A pauta dos julgamentos conterá a relação dos feitos que possam ser julgados na sessão, bastando indicação genérica quanto aos que hajam tido adiado ou suspenso o julgamento, em sessão anterior, salvo o disposto no art. 53. (...) Art. 53 - Os feitos sem julgamento, pela superveniência de férias, ou nos 60 (sessenta) dias subseqüentes à publicação da pauta, somente poderão ser julgados mediante novo edital, salvo se presentes os advogados das partes.

⁵⁷⁵ O § 1º do art. 46 do RITJRJ prevê medida que não é de qualquer modo suficiente para resolver o problema, pois não põe fim ao cenário de incerteza processual, nos seguintes termos: "Art.46 - As Câmaras reunir-se-ão extraordinariamente, sempre que necessário, mediante convocação dos respectivos Presidentes, publicada com 48h (quarenta e oito) horas de antecedência, no órgão oficial. § 1º - Realizar-se-á obrigatoriamente sessão extraordinária para o julgamento de feitos que hajam constado da pauta de 03 (três) sessões consecutivas.

⁵⁷⁶ *Apud* PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

pauta⁵⁷⁷. Em outras palavras, enquanto o § 2º parte da premissa da imposição de um dever de diligência por um prazo pré-definido e relativamente breve, assegurando a previsibilidade, para com isso legimitar a dispensa de nova intimação, o § 3º reconhece que, caso superado o referido prazo, faz-se necessária nova intimação da pauta, já que perdida a previsibilidade, sob pena de nulidade do julgamento após a devolução do pedido de vista. Nada impede, assim, que, na omissão dos Regimentos Internos, ou quando as disposições destes últimos sejam excessivamente tolerantes com o adiamento, que se aplique por analogia as disposições do CPC relativas ao pedido de vista, de modo a impor diretamente o respeito à garantia do contraditório participativo pelo afastamento das supresas processuais.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, começa a esboçar alguns parâmetros concretos especificamente sobre o problema da previsibilidade na retomada do julgamento após adiamento. Em diversos precedentes, com efeito, menciona-se expressamente o critério do *prazo razoável* para justificar o afastamento da nulidade pela dispensa de intimação. Inicialmente, reputou-se violador de tal parâmetro o julgamento realizado após passados sete meses desde a intimação original⁵⁷⁸. Avançou-se, posteriormente, para decretar a nulidade de julgamento ocorrido após dois meses⁵⁷⁹. E, por fim, nos precedentes mais recentes, estabeleceu-se o parâmetro de três sessões para a validade do adiamento sem nova publicação

⁵⁷⁷ CPC, Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (...) § 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta. § 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

⁵⁷⁸ “AÇÃO POPULAR - PROCESSO INCLUÍDO EM PAUTA - ADIAMENTO DO FEITO - LONGO DECURSO DE PRAZO - NECESSIDADE DE NOVA PUBLICAÇÃO QUANDO DO EFETIVO JULGAMENTO. 1. Este Tribunal tem entendimento de que na hipótese de adiamento de processo de pauta não se faz necessária nova publicação, desde que o novo julgamento ocorra em razoável lapso temporal. 2. In casu, restou constatado o adiamento do feito inicialmente previsto para julgamento em 20.5.2003. Contudo, o efetivo julgamento apenas realizou-se após sete meses, sem nova publicação, de forma a cercear o direito dos recorrentes e impedir, inclusive, a sustentação oral. 3. Evidenciado o prejuízo do recorrente, pela não-publicação da pauta de julgamento em que se incluía o processo adiando, necessária a anulação do julgamento, para que outro seja proferido, com respeito ao devido processo legal. Embargos de divergência providos” (REsp 474475/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 184).

⁵⁷⁹ “PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – INCLUSÃO DO FEITO EM PAUTA – ADIAMENTO – LONGO DECURSO DO PRAZO – POSTERIOR JULGAMENTO SEM NOVA INTIMAÇÃO – NULIDADE – ARTS. 234, 235, 236, § 1º, 552 DO CPC. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas. 3. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que não se faz necessária nova publicação nos casos de adiamento de processo de pauta, desde que o novo julgamento ocorra em tempo razoável. 4. Hipótese em que o julgamento da apelação ocorreu 2 meses após o adiamento do feito, sem a intimação do patrono dos particulares, através de nova inclusão em pauta. Violação dos arts. 234, 235, e 236, § 1º, e 552 do CPC configurada. 4. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal a quo, permitindo-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta” (REsp 943858/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 29/06/2009).

do feito em pauta⁵⁸⁰. Ademais, nas hipóteses em que o feito é adiado por pedido do próprio relator após as sustentações orais, não pode ser afastada, inclusive, a prerrogativa de que haja renovação das sustentações caso modificada sensivelmente a composição do órgão após o transcurso de longo tempo, aplicando-se a mesma lógica que presidiu a prolação de precedente relativo a pedido de vista que perdurara por mais de vinte meses⁵⁸¹.

Seja pela aplicação analógica do regime dos §§ 2º e 3º do art. 555 do Código de Processo Civil, seja pela novel orientação jurisprudencial do STJ, a verdade é que o regime do adiamento da data de julgamento deve necessariamente ser informado pela garantia do contraditório participativo. Não há fundamento para que a efetividade do ato de comunicação processual, de que é espécie a intimação da inclusão do feito em pauta, seja posta de lado sem qualquer margem de previsibilidade decorrente de um dever razoável de diligência. Assim, mesmo disposições como a inserida no art. 53 do RITJRJ devem ser questionados à luz do cenário de incerteza e de surpresa processual que podem acarretar, fragilizando a possibilidade de que as partes façam uso da sustentação oral ou que presenciem, *in loco*, o julgamento das impugnações nas quais figurem como interessadas.

3.4.3. A definição da pauta e o controle da arbitrariedade

⁵⁸⁰ “PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO. PROCESSO RETIRADO DE PAUTA E INCLUÍDO MAIS DE UM ANO DEPOIS. NECESSIDADE DE NOVA INTIMAÇÃO DA UNIÃO. 1. Hipótese em que a Apelação da empresa foi retirada da pauta por requerimento de seu patrono, que pediu vista dos autos e só os devolveu após um ano. A União não foi intimada da nova inclusão do feito em pauta, subtraindo-se dela a possibilidade de sustentar oralmente. 2. Com efeito, o processo havia sido incluído na sessão de julgamento de 13/3/2002, mas foi retirado de pauta em 06/3/2002, em virtude do deferimento do pedido de vista dos autos formulado por Nordeste Linhas Aéreas. A decisão foi publicada no DJU de 20/3/2002, os autos foram retirados da Secretaria em 25/3/2002 e devolvidos pelo advogado da empresa em 1º/4/2003, mais de um ano depois. A intimação da União acerca do deferimento do pedido de vista dos autos e conseqüente exclusão do processo de pauta deu-se somente em 1º/4/2003 (conforme certidão de fl. 981, verso). 3. O feito recebeu novo Relator e foi levado à julgamento em 22/3/2003, tendo o patrono da empresa comparecido e realizado sustentação oral. Entretanto, não houve intimação pessoal da União sobre a reinclusão do feito em pauta, mesmo tendo transcorrido mais de um ano da data do julgamento anterior. 4. O adiamento de processo de pauta não exige nova publicação, desde que o novo julgamento ocorra em tempo razoável (três sessões, no máximo, sob pena de violação do princípio do *due process*), o que não se verifica na hipótese, em que o intervalo de tempo foi superior a um ano. 5. Recurso Especial da União provido. Recurso Especial do Ministério Público Federal prejudicado” (REsp 736.610/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 15/12/2009).

⁵⁸¹ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. PEDIDO DE VISTA. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO APÓS 20 MESES. NOVA INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÃO SANADA. 1. A ora embargante busca integrar o julgado em tela para que o provimento jurisdicional veiculado no acórdão que acolheu o recurso especial compreenda também a determinação de que, além da necessidade de nova intimação das partes para a sessão em que será apresentado o voto-vista da apelação, abra-se também oportunidade à renovação das sustentações orais. 2. Durante o período, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região passou por profundas alterações em sua composição, tanto que são completamente diferentes os magistrados que participaram da primeira assentada daqueles que atuaram na segunda, e também são outros os atuais integrantes daquele eg. Colegiado. 3. Dada a excepcionalidade do caso concreto e as peculiaridades que cercam o julgamento da apelação, deve-se proporcionar oportunidade a ambas as partes de renovarem suas sustentações orais, garantindo, assim, a legítima possibilidade de influência na resolução da controvérsia. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos (EDcl no REsp 1115393/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 09/10/2009).

Nos dois itens precedentes foi analisada a conexão existente entre a intimação prévia da pauta e a garantia fundamental do contraditório participativo. Mas não é somente neste ponto que tal ato processual deve ser submetido a um teste de validade à luz da Constituição. Com efeito, é preciso também que se faça o exame do regime formal da pauta diante da garantia fundamental da publicidade (CF, art. 5º, LX, e art. 93, IX) e do princípio do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), que, em conjugação, sinalizam para a fixação ainda que mínima de parâmetros de controlabilidade dos atos estatais, explicitando os critérios determinantes para a sua prática. Não há espaço, na atual quadra do direito público, para a existência de redutos de arbitrariedade totalmente infensos à incidência de comandos normativos, e que por isso se revelem como alijados de qualquer margem de controle⁵⁸². Não obstante a clareza de tais considerações, o exame ainda que superficial do regime de definição da pauta de julgamento nos Tribunais demonstra como o discurso teórico não conseguiu alcançar, nesse ponto, a necessária realização prática.

Como já mencionado, cabe ao presidente do órgão colegiado a definição da pauta de julgamento. Prega o art. 552, *caput*, do CPC, com efeito, que, após remetidos os autos ao revisor para análise, deve o relator apresentá-los ao presidente, “que designará dia para julgamento, mandando publicar a pauta no órgão oficial”⁵⁸³. Do ponto de vista objetivo, o Código não estipula qualquer regra que controle a forma como a designação da data da sessão deve ser feita, pois os §§ 1º e 2º, na realidade, tratam apenas da maneira como as publicidades interna e externa devem ser observadas, ao passo que o § 3º diz respeito apenas à definição de hipóteses de prevenção de membros julgadores. Em outras palavras, do Código de Processo Civil simplesmente não se extrai qualquer regra sobre o modo como a pauta deve ser definida pelo Presidente, apesar da inegável relevância de que tal ato se reveste.

⁵⁸² Não é pertinente ao tópico em análise o problema dos denominados atos políticos, praticados pelos altos mandatários do povo na definição das diretrizes gerais da condução do Estado no cenário nacional e, principalmente, internacional, de que é exemplo a decisão do Chefe do Poder Executivo de pôr em prática a entrega de estrangeiro cuja extradição já tenha sido autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidido pela Corte Suprema no polêmico julgamento da Reclamação nº 11.243, na sessão plenária de 08.jun.2011. Dificilmente poderia ser estabelecido qualquer paralelo entre os exemplos típicos de atos políticos com a definição da pauta de julgamento dos órgãos colegiados nos Tribunais de segundo grau, embora com relação às Cortes Superiores a separação seja um pouco mais sutil, como se mencionará logo a seguir no texto.

⁵⁸³ Embora a letra da lei seja categórica, a observância, na prática, dessa regra formal é questionada por PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 52, *verbis*: “Vale aqui novamente a ressalva feita no item 4, supra, de que na prática as coisas passam de forma diversa: os autos, no mais das vezes, sequer saíram do gabinete do relator e menos ainda irão ao gabinete do Presidente. Tudo se dá de forma virtual. Ademais, em alguns tribunais, é o próprio relator que já indica a sessão em que eu julgará o feito, limitando-se o presidente a apenas formalizar o ato para que pareça de acordo com o *caput* do art. 552”. Mostra-se igualmente crítica com relação ao cumprimento do art. 552 do CPC a opinião de ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 301, afirmando que “tudo se passa sob o controle da secretaria”.

Decidir por incluir um recurso em pauta em um dado momento pode influenciar de perto na atenção que o público em geral dedica à matéria controvertida. Basta pensar, para comprová-lo, nos momentos de comoção pública em torno de temas pontuais, como os desabamentos por conta de fortes chuvas, as crises do sistema de saúde ou grande casos de corrupção e de improbidade administrativa: em meio a cenários dessa espécie, a seleção de recursos para julgamento que toquem em questões ocasionalmente em voga pode repercutir com muito mais intensidade na opinião pública, aplaudindo ou criticando a resposta que ao problema tenha fornecido o Poder Judiciário. Embora não seja possível antecipar qual será o conteúdo, se positivo ou negativo, da repercussão social em hipóteses similares, é inegável que a própria inclusão de tal ou qual recurso na pauta, em temas assim socialmente sensíveis, revela um claro poder decisório, que não deveria ser solenemente ignorado pelo direito positivo.

Além disso, a relevância da inclusão em pauta se afere também por conta do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). Com efeito, diante do grande número de feitos à espera de julgamento, como decorrência do contexto de crise da Justiça civil traçado no Capítulo 1, a eleição de um recurso para julgamento representa, por consequência da insuficiência de recursos humanos e materiais, a exclusão temporária de muitos outros em idênticas condições. Assim, é imprescindível que a inclusão de tal ou qual recurso na pauta, com a postergação dos demais, seja fruto de um mínimo de racionalidade, a partir da aplicação de critérios objetivamente controláveis por todos os interessados, a fim de que o tratamento distinto não se transmude em arbitrariedade.

Paralelamente à designação do dia para julgamento, não deve ser ignorado, igualmente, o impacto da definição da ordem com que, em um mesmo dia, devem ser apreciados os feitos incluídos em pauta. Como ressalta Barbosa Moreira, a complexidade de determinadas matérias, que demandam especial dose de atenção dos julgadores, podem mitigar a capacidade de reflexão nos julgamentos imediatamente posteriores, rebaixando o nível de concentração dos membros do colegiado. O mesmo autor assinala, de outro lado, ser aconselhável a reunião para julgamento sucessivo de questões jurídicas similares, de modo a permitir que se preserve no mais alto grau possível a uniformidade de tratamento entre os jurisdicionados⁵⁸⁴.

A verdade, porém, é que atualmente a agenda do órgão colegiado permanece relegada praticamente de modo exclusivo ao arbítrio de seu respectivo Presidente. Uma ressalva diz

⁵⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 82.

respeito ao art. 120 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que impõe, na organização da pauta, a observância da igualdade numérica entre os processos em que o juiz funcione como relator e revisor⁵⁸⁵, disposição cujo teor é substancialmente repetido pelo art. 50, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁵⁸⁶, sem que, a rigor, represente qualquer baliza substancialmente relevante⁵⁸⁷. Além disso, devem ser observadas as preferências legais para julgamento, de que são exemplos o art. 20, *caput* e parágrafos, da Lei nº 12.016/09⁵⁸⁸, o art. 79 da Lei nº 11.101/05⁵⁸⁹ e o art. 1.211-A do Código de Processo Civil⁵⁹⁰. Porém, a preferência, para ser efetivamente controlada, dependeria do conhecimento do universo de recursos em idênticas condições para julgamento, sem o que tal parâmetro se torna inoperante na prática. Nesse tema, e ainda que indiretamente, de maior expressividade são as metas instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça. Ao determinar que, nos anos de 2009 e 2010, fossem apreciados, respectivamente, os processos distribuídos até 31 de dezembro de 2005⁵⁹¹ e até 31 de dezembro de 2006⁵⁹², o Conselho acabou por impor aos Tribunais a observância parcial do critério cronológico na inclusão dos recursos em pauta, privilegiando os mais antigos, ao menos até o atingimento das referidas metas⁵⁹³.

⁵⁸⁵ LOMAN, Art. 120 - Os Regimentos Internos dos Tribunais disporão sobre a devolução e julgamento dos feitos, no sentido de que, ressalvadas as preferências legais, se obedeça, tanto quanto possível, na organização das pautas, a igualdade numérica entre os processos em que o Juiz funcione como relator e revisor.

⁵⁸⁶ RITJRJ, Art. 50, (...) § 1º - Na organização das pautas, ressalvadas as preferências legais, observar-se-á, tanto quanto possível, a igualdade numérica entre os processos em que o mesmo Desembargador funcione como relator e como revisor.

⁵⁸⁷ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 302: “Também cabe ao presidente do órgão fracionário se for o caso, restringir o número de processos por sessão, velando pela ‘igualdade numérica entre os processos em que o juiz funcione como relator e revisor’ (art. 120 da LC 35, de 14.03.1979). Esta última prerrogativa jamais é empregada. A quantidade de recursos impede controle efetivo da pauta. Limitações qualitativas ou quantitativas acumulariam os feitos pendentes de julgamento, sem data à vista para o julgamento, ou exigiriam a designação de sessões extraordinárias, incompatíveis com os demais compromissos jurisdicionais dos magistrados e até com a ocupação diária das dependências da corte”.

⁵⁸⁸ Lei nº 12.016/09, Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus. § 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator. § 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

⁵⁸⁹ Lei nº 11.101/05, Art. 79. Os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância.

⁵⁹⁰ CPC, Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

⁵⁹¹ Conforme informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/metasp-de-nivelamento-2009/metasp-2/metasp-de-nivelamento-2009>; acesso em 08.jul.2011.

⁵⁹² Conforme informações obtidas em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/metasp-prioritarias-de-2010>; acesso em 08.jul.2011.

⁵⁹³ A menção às metas do Conselho Nacional de Justiça, no texto acima, não deve ser entendida como uma defesa da avaliação apenas numérica da prestação jurisdicional, como se a celeridade pudesse ser imposta a todo custo, com prejuízos sensíveis à qualidade do julgamento. Ao contrário, as metas do CNJ foram utilizadas apenas para aludir à presença de parâmetros minimamente objetivos para o controle da eleição de quais feitos devem ser julgados por órgãos colegiados na definição da pauta.

Neste cenário, sem qualquer controle à luz da publicidade dos atos processuais, pois não são reveladas sequer as informações acerca de quais feitos, em igualdade de condições, poderiam ter sido incluídos em pauta em um dado momento, a margem de apreciação do Presidente do órgão colegiado se revela amplíssima, com grave risco de cometimento de abusos e de arbitrariedades. Em um sentido mais gritante, é possível que casos recebam uma preferência informal para julgamento, por razões até mesmo de aliciamento do Presidente, eventualmente com a configuração de figuras penais típicas. Contudo, em um sentido mais brando, mas igualmente dotado de relevância, a maleabilidade na definição da pauta permite inclusive que a agenda dos órgãos jurisdicionais dos Tribunais seja fruto exclusivo do perfil pessoal do Presidente, de suas inclinações políticas e de suas concepções ideais sobre a vida, desta forma incluindo temas para julgamento que lhe pareçam mais merecedores de atenção pública e de pronta manifestação do Tribunal do que outros⁵⁹⁴.

A questão assume contornos mais sensíveis, evidentemente, nos Tribunais Superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal. Em tais instâncias, o espectro de matérias com igual repercussão e impacto na vida pública do país se revela amplíssimo, na medida em que o automatismo recursal praticado pelos litigantes induz a que a grande maioria dos conflitos sociais, de maior ou menor expressão, seja encaminhada à apreciação, no plano da admissibilidade ou do mérito, do Superior Tribunal de Justiça ou da Corte Suprema. Assim, o universo de temas dentro do qual o Presidente do órgão colegiado pode pinçar aqueles que comporão a pauta permite que ele defina praticamente sem limites a agenda do Tribunal. Por certo, exercem grande influência na definição da agenda das Cortes Supremas os denominados filtros recursais de relevância, de que é exemplo a repercussão geral no recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º)⁵⁹⁵: por apelarem para conceitos jurídicos indeterminados ou, como no caso da Suprema Corte dos EUA, diretamente para o poder discricionário dos membros do Tribunal, tais figuras ampliam de forma considerável a margem de apreciação da escolha de quais temas devem ser levados a julgamento⁵⁹⁶. Não por outra razão, aliás, há forte

⁵⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 84: “À presidência do órgão cabe, antes de mais nada, a responsabilidade pela pauta da sessão. Se bem que na prática a tarefa de elaboração costume ficar a cargo da secretaria, é perfeitamente normal que o presidente, dentro dos critérios legais e regimentais, imprima sua marca pessoal na seriação dos processos. Aí já se configura uma primeira ocasião de influir: salientou-se acima a relevância da ordem dos julgamentos para os respectivos desfechos. É dado ao presidente em certa medida, incluir tal ou qual feito na pauta de determinada sessão, ou, ao contrário, excluí-lo dela; ora, segundo também já se assinalou, muito depende de julgar-se a causa neste ou naquele dia”.

⁵⁹⁵ CF, art. 102. (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁵⁹⁶ Sobre o tema do funcionamento concreto do mecanismo de definição da agenda da Suprema Corte norte-americana, e sob o prisma teórico da ciência política, cf. PERRY JR., H. W., *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press, 1994.

corrente na doutrina norteamericana a apontar parcial dissintonia entre a agenda definida pela Suprema Corte para seus julgamentos e, de outro lado, a agenda pública reclamada pela sociedade⁵⁹⁷, e, mesmo no Brasil, já há quem aponte a falta de critério objetivo para a definição do momento em que as diversas questões são levadas à apreciação do plenário do Supremo Tribunal Federal⁵⁹⁸.

Não seria absurdo cogitar, nesse cenário, de possíveis meios de participação da sociedade na definição da pauta dos Tribunais Superiores. Se, por um lado, reconhece-se função cada vez maior de tais Tribunais na definição dos rumos políticos do país, como decorrência da denominada ‘judicialização da política’, e se, como afirma a Constituição, todo o exercício do poder político tem de ser reconduzido a um critério de legitimidade pautado pelas aspirações da sociedade (CF, art. 1º, parágrafo único)⁵⁹⁹, parece natural que à sociedade seja reconhecida alguma voz, ainda que mínima, para fazer reverberar suas aspirações ao menos sobre quais temas têm de ser apreciados pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, seja através de disciplina normativa, seja através, no extremo, de provocação popular a respeito da relevância de temas pendentes.

De todo modo, os filtros de relevância exercem papel simbólico digno de nota, pois revelam um mecanismo institucional *mais sincero*, diretamente voltado para a afirmação de quais temas merecem a consideração dos Tribunais superiores e, por exclusão, quais devem ser resolvidos de maneira definitiva pelas instâncias ordinárias. Sensivelmente distinto é o cenário nos Tribunais de segundo grau, nos quais a definição da pauta pelo Presidente é tratada como atividade burocrática levada a cabo sob o comando do Presidente segundo uma lógica aparentemente simples: por haver o dever legal invariável de incluir em pauta para julgamento *todos* os feitos pendentes, sem que, como se sabe, haja condições materiais e pessoais de que tal meta seja de pronto cumprida, a definição de quais recursos, no universo de todos os possíveis, merecerão a atenção do colegiado em um dado momento é feita sem

⁵⁹⁷ Nesse sentido, cf. SCHAUER, Frederick. *The Supreme Court 2005 term. Foreword: the Court's agenda – and the nation's*, Harvard Law Review, Vol. 120, 2006, p. 04-64; e, mais recentemente, do mesmo autor, *Is it Important to be Important?: Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1489573>, acesso em 23.jul.2011.

⁵⁹⁸ A crítica foi formulada por VIEIRA, Oscar Vilhena. *Quando menos é mais*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI106071,101048-Quando+menos+e+mais>, acesso em 23.jul.2011: “Reduzidos os processos, um segundo desafio será reformular o modo pelo qual se constrói a agenda do tribunal. Hoje é difícil compreender a lógica. Alguns processos são julgados em 24 horas e outros permanecem sem decisão por anos. Como justificar isso? Esta, sim, seria uma questão sobre a qual a Transparência Brasil poderia se debruçar, com mais proveito. Por que o pedido de intervenção federal em Rondônia, em função de graves violações de direitos humanos, jamais foi apreciado, enquanto alguns Habeas Corpus são concedidos instantaneamente? É urgente que o STF seja capaz de estabelecer uma agenda mais transparente e criteriosa dos casos que serão apreciados ao longo do semestre ou do ano judiciário. Ele não pode ser tratado como um tribunal de pequenas causas, obrigado a responder imediatamente a tudo que lá chega”.

⁵⁹⁹ CF, Art. 1º. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

qualquer balizamento, privilegiando-se alguns e relegando-se os demais, embora em idênticas condições, ao limbo das prateleiras dos gabinetes. Assim, do extremo da sinceridade nos Tribunais Superiores chega-se à insinceridade velada nos Tribunais de segunda instância.

Mais do que apenas a incidência da publicidade processual e o controle do arbítrio judicial, um reforço de conteúdo no regime jurídico da pauta dos Tribunais resultaria inclusive em aprimoramento da prestação jurisdicional. Com efeito, o conhecimento prévio acerca de quais temas mereceriam atenção do colegiado, ultrapassando-se as fronteiras da burocracia invisível, estimularia a preparação prévia pelos demais membros do órgão julgador sobre as matérias a serem decididas. Do contrário, cada um dos membros, por terem sob suas relatorias processos distintos, ficariam restritos à preparação específica para o debate de determinados temas, sem um mínimo de harmonia temática, tudo a depender de qual matéria será trazida a julgamento pelo Presidente.

O cenário atual, portanto, é bastante parcimonioso com a margem de atuação do Presidente do colegiado. Nesse contexto, é salutar a medida operada pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil, que pretende estabelecer critérios objetivos para a ordem de julgamento dos recursos nos Tribunais. Na realidade, de um cenário em que a lei processual é simplesmente omissa sobre o tema, o Projeto de Código avança para o extremo oposto, delimitando com critérios vinculantes a ordem de julgamento dos recursos nos Tribunais. Com efeito, o *caput* do art. 12 do Projeto, de acordo com o texto aprovado no Senado e encaminhado à Câmara dos Deputados, prevê o dever de que os recursos sejam julgados obedecendo a ordem cronológica de conclusão, viabilizando o controle sobre a observância de tal critério pela exigência de que seja dada ampla publicidade a todos os processos que estejam em condições de imediato julgamento (§ 1º). O § 2º do referido dispositivo prevê exceções pontuais ao critério cronológico de conclusão, admitindo que sejam julgados recursos, por exemplo, em razão da urgência, do impacto social da matéria ou da simplicidade na mera aplicação de precedentes dotados de força vinculante⁶⁰⁰.

Contudo, é questionável até que ponto pode a lei federal, em matéria de procedimento nos recursos, dispor de forma exaustiva sobre o regime da pauta de julgamentos, sem que remanesça qualquer espaço para que, conforme exposto no Capítulo 2, os Regimentos

⁶⁰⁰ Projeto de Novo CPC, Art. 12. Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão. § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública. § 2º Estão excluídos da regra do *caput*: I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo; III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal; IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; V – as preferências legais.

Internos possam instituir regras específicas para o âmbito local. Assim, não pode ser afastada a possibilidade de que os Tribunais, considerando a interpretação conforme a Constituição do citado dispositivo, criem regime relativamente distinto quanto à pauta de julgamento, estabelecendo, por exemplo, novas exceções não previstas no § 2º do referido art. 12, ou mesmo regras específicas para dispor sobre a aplicação das exceções instituídas pela própria lei federal, com amparo no art. 96, I, 'a', da Constituição Federal, desde que observada a diretriz geral, que é salutar, de que, como regra, seja observado o critério cronológico.

3.5. A sustentação oral

A partir do presente momento, ingressa-se no exame do principal ato processual que compõe a cadeia do procedimento recursal ordinário, qual seja: a sessão colegiada de julgamento. As etapas anteriormente analisadas constituíam premissas para que este ato de natureza complexa possa ser praticado de modo válido à luz das regras do CPC e das normas constitucionais que influenciam de perto a disciplina do processo civil brasileiro.

Tem início a sessão colegiada com a respectiva abertura pelo Presidente do órgão fracionário, que se reúne, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, uma ou duas vezes por semana⁶⁰¹, de regra às treze horas e com previsão de encerramento às dezessete horas⁶⁰². Reunindo-se a turma julgadora, cuja composição tem de observar os requisitos a serem examinados com mais vagar no item posterior ao presente, relativo à deliberação colegiada, faz-se, primeiramente, a leitura da ata de julgamento pertinente à sessão anterior, em linha similar ao que determinava a redação original do art. 563 do CPC⁶⁰³ e como ainda hoje prevê o art. 55, § 2º, II, do RITJRJ⁶⁰⁴. Após, tem início o apregoamento, o anúncio

⁶⁰¹ RITJRJ, Art. 45 - Reunir-se-ão as Câmaras ordinariamente 01 (uma) ou 02 (duas) vezes por semana, de acordo com as necessidades do serviço, observado o disposto no caput e no parágrafo único do artigo antecedente.

⁶⁰² RITJRJ, Art. 48 - Não havendo designação em contrário, o início das sessões será às 13h (treze) horas e o encerramento às 17h (dezessete) horas, salvo se já houverem sido julgados os feitos em pauta, ou se ocorrer superveniência de falta de quorum, ulatimação de julgamento iniciado, ou outra exigência dos trabalhos, que poderão, em qualquer caso, ser prorrogados por deliberação do Órgão Julgador.

⁶⁰³ CPC, Art. 563. O acórdão será apresentado para a conferência, na primeira sessão seguinte à do julgamento, pelo juiz incumbido de lavrá-lo. A redação atual, a ser examinada no tópico pertinente à redação do acórdão, é sensivelmente distinta.

⁶⁰⁴ RITJRJ, Art. 55 - À hora marcada para a sessão, em seus lugares os Desembargadores, os Juízes convocados, se houver (art. 20), o Secretário e os funcionários auxiliares, todos com as vestes de uso obrigatório no ato, o Presidente, ou o seu substituto dentre os presentes, verificará se existe o necessário quorum. § 1º - Não existindo quorum no momento, nem nos 15' (quinze) minutos seguintes, o Presidente declarará que não haverá sessão, mencionando no livro de atas a ocorrência, seus motivos e circunstâncias. § 2º - Havendo quorum, o Presidente declarará aberta a sessão e observará nos trabalhos a seguinte ordem: I - leitura, discussão e votação da ata da sessão anterior; II - despacho do expediente da sessão; III -

público do julgamento dos recursos incluídos na pauta, com a menção ao número do processo e a identificação das partes, segundo a ordem decorrente das preferências legais e voluntárias⁶⁰⁵.

Com efeito, embora a ordem de julgamentos seja fixada inicialmente na pauta, conforme analisado no tópico anterior, pode ocorrer, como é comum, que incidam determinadas regras específicas sobre o momento em que devam ser examinados os recursos pendentes. Em primeiro lugar, estabelece o art. 559, *caput* e parágrafo único, do CPC uma regra geral de precedência do julgamento do agravo de instrumento em relação à apelação interposta no mesmo processo⁶⁰⁶, que tem de ser respeitada na condução dos trabalhos na sessão colegiada. De igual natureza é a disposição do art. 562 do Código, ao afirmar que será dada preferência ao julgamento dos feitos cuja apreciação já tenha sido iniciada em sessões anteriores, não encerrada em razão, por exemplo, de pedido de vista⁶⁰⁷.

Por outro lado, a ordem dos julgamentos tem de respeitar também as preferências legais já mencionadas no item anterior, ao tratar do controle da arbitrariedade na definição da pauta, como se passa com o mandado de segurança e com os processos em que figure como parte idoso. E, finalmente, após cumpridas as preferências legais, terá de ser observada eventual preferência voluntária requerida pelos advogados das partes, fazendo uso da prerrogativa que lhes é conferida pelo art. 565, *caput* e parágrafo único, do CPC⁶⁰⁸. Embora a redação do dispositivo imponha a forma escrita, o requerimento conjunto e, ainda, que a preferência seja deferida para julgamento na sessão posterior, a prática tem revelado que tais exigências não são impostas com rigor. Por certo, as formalidades impostas pelo dispositivo se destinavam a assegurar a observância do contraditório na vertente da audiência bilateral,

informação dos impedimentos e suspeições existentes, na conformidade do § 3º deste artigo; IV - conferência dos acórdãos apresentados pelos relatores; V - anúncio dos feitos adiados, bem como das alterações na ordem do julgamento dos demais feitos em pauta, pela preferência ressalvada no art. 60; VI - prosseguimento dos julgamentos adiados ou suspensos, na respectiva ordem, e relatório, discussão e julgamento dos demais feitos, na ordem das preferências e da antiguidade na pauta, anunciando os Desembargadores que, em cada processo, participarão do julgamento. § 3º - Os relatores e revisores, sem prejuízo da informação do Secretário e da declaração de impedimento ou de suspeição, que cabe ao impedido ou suspeito, indicarão ao Presidente, no início da sessão e ao ser anunciado o julgamento, os Desembargadores que deste não poderão participar. § 4º - Feito o anúncio a que se refere o § 2º, inciso V, os processos não mais serão julgados na mesma sessão, salvo a requerimento conjunto dos advogados das partes.

⁶⁰⁵ A disciplina do Projeto de Novo CPC, neste ponto, e de acordo com a versão aprovada no Senado em 2010, está consolidada no art. 891, cuja redação é a seguinte: “Art. 891. Ressalvadas as preferências legais, os recursos serão julgados na seguinte ordem: I – em primeiro lugar, aqueles nos quais for realizada sustentação oral, observada a precedência de seu pedido; II – depois aqueles cujo julgamento tenha iniciado na sessão anterior; III – depois os pedidos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento; IV – por último, os demais casos”.

⁶⁰⁶ CPC, Art. 559. A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo. Parágrafo único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.

⁶⁰⁷ CPC, Art. 562. Preferirá aos demais o recurso cujo julgamento tenha sido iniciado.

⁶⁰⁸ CPC, Art. 565. Desejando proferir sustentação oral, poderão os advogados requerer que na sessão imediata seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais. Parágrafo único. Se tiverem subscrito o requerimento os advogados de todos os interessados, a preferência será concedida para a própria sessão.

impedindo-se que o requerimento de um dos patronos pudesse alterar a ordem prevista na pauta de julgamentos sem que disso tivesse tempo suficiente para ter ciência o advogado da parte contrária, eventualmente desejando também realizar sustentação oral. É coerente com tal finalidade a possibilidade de que a preferência seja deferida para a própria sessão apenas na hipótese de o requerimento ser conjunto, de modo a evitar a surpresa processual diante da ordem previamente estabelecida na pauta de julgamentos. De qualquer forma, é medida de diligência que se extrai da prática forense o dever de o advogado se fazer presente logo ao início da sessão, para que eventual preferência não frustrate a realização de seu direito à sustentação oral⁶⁰⁹. No exercício da competência normativa para instituir regras específicas sobre o procedimento recursal, o art. 60, inc. I a XI, do RITJRJ, após ressaltar a diretriz geral de observância da ordem definida na pauta de julgamentos, prevê diversas hipóteses de preferências capazes de alterar tal ordem⁶¹⁰; dentre elas, merece especial destaque o inc. IX, que, ao concretizar a teleologia do art. 565 com o dever de diligência inerente ao exercício da advocacia, institui a possibilidade de requerimento de preferência “a partir das 14h (quatorze) horas, quando estiver presente ao menos o advogado de uma das partes”.

Pois bem. Uma vez anunciado o julgamento pelo Presidente, caberá, nos termos analisados no item anterior, a exposição oral da causa pelo relator, a ser feita, segundo o art. 66, *caput*, parte final, do RITJRJ, sempre que possível sem a leitura de peças constantes dos autos, como forma de conferir dinamismo à sessão⁶¹¹. Após, terá lugar a sustentação oral dos advogados das partes, como importante mecanismo de exercício do contraditório participativo na sessão de julgamento.

3.5.1. A oralidade nos Tribunais e a garantia do contraditório

⁶⁰⁹ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 314-5.

⁶¹⁰ RITJRJ, Art.60 - Obedecer-se-á nos julgamentos à ordem da pauta, ressalvada a preferência devida nos seguintes casos: I - feitos originários ou recursos com julgamento iniciado em sessão anterior; II - mandados de segurança e recursos de decisões neles proferidas; III - recursos em processos de falência, concordata e outros em que houver preferência imposta por lei; IV - feitos em que a extinção do direito ou a prescrição forem iminentes; V - recursos com prazo de julgamento fixado em lei; VI - feitos adiados; VII - quando o relator ou revisor tiver de afastar-se, proximamente, do Tribunal, ou houver comparecido à sessão, para julgar, Desembargador de outro Órgão ou convocado por vinculação ou "visto"; VIII - quando, cabendo sustentação oral, estiverem presentes todos os advogados; IX - a partir das 14h (quatorze) horas, quando estiver presente ao menos o advogado de uma das partes; X - processos que independerem de inclusão em pauta; XI - matéria administrativa que, pela sua natureza urgente, não puder aguardar sessão especial. Parágrafo único - Quando couber sustentação oral, o Presidente anunciará aos advogados as preferências concedidas.

⁶¹¹ RITJRJ, Art.66 - Anunciado o julgamento pelo Presidente o relator fará, em síntese, a exposição da causa ou dos pontos a que se circunscrever o recurso, evitando, sempre que possível, a leitura de peças dos autos. Parágrafo único - O relator, em sua exposição, destacará as questões que, a seu ver, devam constituir objeto de apreciação em separado. Caberá ao Presidente determinar a ordem da votação, observado o disposto nos arts. 67 e 68.

O exercício da palavra falada na tribuna da sessão colegiada é disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973 no art. 554⁶¹². A interpretação a *contrario sensu* da parte inicial do referido dispositivo confere a prerrogativa de sustentação oral aos advogados das partes, seja do recorrente ou do recorrido, e ainda que não apresentada defesa escrita⁶¹³, nos recursos de apelação, embargos infringentes, embargos de divergência, especial, extraordinário e ordinário, abarcando também, por extensão, o reexame necessário (CPC, art. 475), porquanto submetido ao mesmo procedimento que rege a apelação. Fica excluída a sustentação, por força da redação do dispositivo, do julgamento de embargos de declaração e de agravo de instrumento, exclusão essa que constava já da redação originária do Código de Processo Civil de 1939⁶¹⁴, ao passo que coube à jurisprudência dos Tribunais Superiores, na omissão da lei, que não a impõe nem a afasta, excluir tal prerrogativa do julgamento de agravos internos interpostos contra decisões monocráticas fundadas no art. 557 do CPC, conforme decidido pelo STJ⁶¹⁵ e pelo STF⁶¹⁶, respaldados em frágil argumentação *a fortiori*:

⁶¹² CPC, Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

⁶¹³ Nesse sentido, cf. ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 317; PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 64; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 668.

⁶¹⁴ Conforme narra LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1963, p. 327, embora ressaltando que a entrada em vigor da Lei nº 2.970/56, a ser comentada neste trabalho adiante, no item seguinte, tenha afastado a exclusão da sustentação oral no agravo.

⁶¹⁵ “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO "INOMINADO" OU REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA OPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO DE CÂMARA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL - REGULAMENTAÇÃO PELA LEI 1141/93 DO ESTADO DE SANTA CATARINA - INDEFERIMENTO DE SUSTENTAÇÃO ORAL COM BASE NO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL - OFENSA AO ART. 554 DO CPC - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. I - A decisão que indeferiu o requerimento de sustentação oral em agravo inominado foi tomada com base no regimental interno do Tribunal de Justiça Estadual, não havendo qualquer discussão sobre os termos do art. 554 do CPC. Ausente o prequestionamento viabilizador da instância especial (Súmula 211/STJ). II - O agravo "regimental", "interno" ou "inominado", criado com objetivo de promover-se a integração da vontade do Tribunal, embora agora previsto na legislação processual (art. 557, parágrafo único; art. 545) não ganhou a natureza de recurso ordinário, que comporte sustentação oral, não sendo prevista sequer sua inclusão em pauta para julgamento. III - O dissídio, para ensejar a admissão do recurso especial, deve ser demonstrado mediante o confronto analítico e de acordo com as demais disposições regimentais (art. 255 e §§ RISTJ) IV - Recurso especial não conhecido” (REsp 138.778/SC, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/1998, DJ 01/02/1999, p. 184).

⁶¹⁶ “QUESTÃO DE ORDEM EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI 9756/98. ARTIGO 557/CPC. AGRAVO INTERNO. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. Recurso extraordinário. Aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil. Procedência da impugnação por estar o acórdão recorrido em confronto com a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental contra a decisão do relator, no qual à parte agravante caberá infirmar a existência dos requisitos necessários à prolação do ato monocrático. 2. Agravo regimental. Sustentação oral. Impossibilidade, por cuidar-se de procedimento contrário à *ratio* do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, tornando inócua a alteração legislativa, cuja finalidade essencial é a de dar celeridade à prestação jurisdicional. Ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Inexistência, visto que a norma constitucional não impede a instituição de mecanismos que visem à racionalização do funcionamento dos Tribunais. 3. Questão de Ordem resolvida no sentido do não-cabimento de sustentação oral no julgamento do agravo interposto da decisão fundamentada no § 1º do artigo 557 do Código

se a lei veda a sustentação oral em embargos de declaração e em agravo de instrumento, com mais razão ainda deve ser tida por vedada no agravo interno⁶¹⁷.

O exame das exclusões legais e jurisprudenciais da sustentação oral, muitas vezes reputadas arbitrárias e insustentáveis à luz da isonomia⁶¹⁸, expõe um ponto de crítica do sistema recursal sob o ângulo garantístico. Com efeito, e com amparo na garantia fundamental do contraditório participativo, é possível questionar até que ponto pode a lei processual atuar em liberdade, à luz da Constituição, para definir em quais hipóteses será lícito o uso da palavra falada pelos advogados na sessão de julgamento e, por exclusão, em quais outras esta mesma prerrogativa será vedada, instituindo tratamento diferenciado sob o enfoque do direito de influência no convencimento dos julgadores. Para analisar a procedência de tal crítica, faz-se necessário examinar, em primeiro lugar, se há uma conexão necessária e inquebrantável entre o direito à sustentação oral e a garantia fundamental do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), para que, logo a seguir, seja apurada a ocorrência de violação à igualdade nas distinções instituídas pela lei e consolidadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

As bases fundamentais do tema remontam a um passado áureo no processo civil, no qual deita raízes a construção teórica do clássico *princípio da oralidade*⁶¹⁹. De forma mais imediata, a ideia de oralidade implica que os atos praticados no processo assumam a expressão da palavra falada pelos sujeitos do processo, e não a fria manifestação por escrito. Se isso decorre do próprio sentido da palavra *oralidade*, a verdade é que o referido princípio possui uma acepção verdadeiramente mais profunda. É que, no curso do século XIX, deu-se início a uma reação contra os elementos tradicionais que dominavam o processo civil de então na Europa, caracterizado pela distância do julgador da colheita das provas, pelo sigilo na tramitação do feito e pela intensa fragmentação de atos ao longo do procedimento, praticados de forma pulverizada. Tais características gravitavam em torno da *predominância de elementos escritos* no processo civil, que por conta disso assumiu a pecha de causadora de

de Processo Civil” (STF, RE 227089 AgR-QO, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2000, DJ 21-11-2003).

⁶¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 668.

⁶¹⁸ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 317, que reputa implausível o afastamento da sustentação oral em agravo de instrumento. No mesmo sentido, v. MARTINS, Sandro Gilbert. *Sustentação oral*, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 11, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 416.

⁶¹⁹ Apontando a sustentação oral como o “único resíduo de oralidade” no julgamento dos recursos, cf. GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 305.

toda a insatisfação na disciplina do processo, em especial à luz da demora na solução dos conflitos levados a juízo⁶²⁰.

Foi com esse intuito de reação ao processo como então configurado que se sagrou a sistematização, iniciada por Chiovenda, da oralidade em torno de quatro sub-princípios: (i) *imediatidade*, no sentido de que os atos devam ser praticados na presença do juiz; (ii) *concentração*, pregando que todos os atos orais sejam realizados, se possível, em uma única audiência; (iii) *identidade física do juiz*, segundo o qual o juiz que conduziu a instrução deve proferir a sentença; e (iv) *irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias*. É verdade que a segurança do mundo moderno, com a exigência de precisão e de preservação de atos e negócios praticados no cotidiano, resultou na preferência ao trato sob a forma escrita, o que teve reflexos também no campo do processo civil, com o desprestígio da concepção clássica de oralidade. Isso não levou, porém, ao abandono absoluto da ideia e de seus consectários, mas, sim, à sua adaptação ao contextual atual⁶²¹.

É preciso, porém, que essas premissas teóricas sejam devidamente inseridas no encadeamento de atos que constitui a espinha dorsal do procedimento recursal. Com efeito, a prerrogativa da sustentação oral, no julgamento da apelação, não figura, a rigor, como um elemento substitutivo do aporte de alegações por escrito, através de petições pelas partes, o que seria mais típico do clássico embate entre oralidade e escritura no processo civil⁶²². Haja ou não sustentação oral, ainda assim devem as partes, com a ressalva do reexame necessário, instaurar a revisão da causa pelo Tribunal de segundo grau através da interposição do recurso de apelação pela forma escrita, de acordo com os requisitos do art. 514 do CPC⁶²³. Assim, a sustentação oral funciona, no direito processual civil, como mecanismo a incrementar o direito de influência das partes sobre a formação do convencimento dos julgadores do órgão colegiado, sem que exclua, em qualquer caso, as alegações por escrito.

⁶²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 106 e segs.

⁶²¹ Sobre os contornos clássicos do princípio da oralidade, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 566 e segs, e apontando, mais à frente, também a concepção atual, *verbis*: “A oralidade não significa mais, como no tempo de Chiovenda, a predominância da palavra oral sobre a escrita, porque os costumes mudaram e, hoje, a maior parte dos negócios se documenta por escrito, especialmente nos países da tradição romano-germânica. Nos países da *civil law*, a prova escrita sempre foi mais valiosa do que a prova oral. O significado moderno da oralidade é o de que, em qualquer processo, o juiz tem de estar sempre aberto à instauração de um diálogo humano, que se dá pela palavra oral, porque esta é o modo mais perfeito de comunicação, e, portanto, aquele que pode efetivamente assegurar o contraditório participativo, assegurar o direito das partes de influir eficazmente nas decisões”.

⁶²² Sobre o tema, conferir as preciosas manifestações constantes do Colóquio “*Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*”, realizado pela Associação Internacional de Direito Processual na Espanha em 2008, disponíveis em <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>, acesso em 27.jul.2011.

⁶²³ CPC, Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: I - os nomes e a qualificação das partes; II - os fundamentos de fato e de direito; III - o pedido de nova decisão.

Ademais, e com a ressalva, já mencionada no Capítulo 1 deste trabalho, relativa ao procedimento nos juizados especiais (CF, art. 98, I)⁶²⁴, a verdade é que a Constituição não impõe, em nenhum dispositivo, a observância necessária da oralidade na prática dos atos processuais. Neste cenário, para que se pudesse reputar como inconstitucionais as disposições legais que afastam a sustentação oral nos recursos, seria preciso identificar um vínculo instrumental entre tal prerrogativa e o *núcleo essencial* da garantia fundamental do contraditório (CF, art. 5º, LV), de forma que, ausente aquela, automaticamente deveria ser constatada a violação deste último. A lógica por detrás de tal raciocínio teria base na constatação da própria mecânica com que se desenvolve a deliberação no órgão colegiado: como os membros trocam impressões sobre a causa oralmente em sessão, às partes deveria ser forçosamente reconhecida a *mesma fórmula* de participação e de voz na influência sobre o convencimento dos julgadores, denotando a insuficiência das alegações exclusivamente sob a forma escrita⁶²⁵.

Mas, com a devida vênia, tal tese encontra muitos obstáculos para que possa ser defendida de forma consistente. Em primeiro lugar, se fosse imprescindível, à luz da Constituição de 1988, a manifestação oral das partes para concretizar a garantia do contraditório em qualquer procedimento, deveriam ser reputados inconstitucionais todos os julgamentos realizados sem audiência em primeiro grau, como ocorre com o julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 330), nos quais o julgador tem contato com a causa exclusivamente através de petições escritas. Dito em outros termos, também a manifestação por escrito pode servir de instrumento válido para a influência das partes sobre a convicção dos julgadores, de modo que contraditório não significa, necessariamente, defesa oral. Não é por outra razão, aliás, que a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos tem rejeitado o pleito de violação à cláusula do processo justo sob o fundamento de ausência de oralidade nos Tribunais de segunda instância, entendendo necessária apenas no âmbito penal

⁶²⁴ CF, Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...).

⁶²⁵ É o que parece sustentar MARTINS, Sandro Gilbert. *Sustentação oral*, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 11, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 412: “Assim, considerando que no nosso sistema processual apenas parcela dos julgadores que compõem o órgão colegiado no tribunal (relator e, às vezes, revisor) tem conhecimento direto do processo – os demais, não custa frisar, julgam com fundamento naquilo que *ouvem* e, eventualmente, por aquilo que é debatido entre os demais julgadores –, é da essência do princípio do contraditório e da ampla defesa permitir que a parte possa expor oralmente na sessão de julgamento não apenas para destacar aspectos fáticos e de direito que entende necessários para a análise, mas até para corrigir ou suprir eventuais falhas e lacunas observadas no relatório apresentado”.

como condição para o reexame de provas em desfavor do réu⁶²⁶. Nessa mesma linha, no processo civil português, conforme revela estudo oficial promovido pelo Ministério da Justiça daquele país, desde o Código de Processo Civil de 1961 há uma peremptória vedação à sustentação oral no julgamento dos recursos nos Tribunais de segunda instância⁶²⁷, sob o fundamento de que constituiria formalidade inútil, já que posterior ao exame do caso pelos julgadores.

De outro lado, e guardando coerência com o que se expôs anteriormente neste trabalho quando da análise do regime jurídico do revisor, a verdade é que tal defesa de um suposto direito fundamental à oralidade nos Tribunais parte de um desvio de perspectiva. É que, por certo, há um grave déficit quanto à cognição exercida pelos demais membros do órgão recursal no julgamento colegiado, de vez que somente o relator, de regra, tem oportunidade de estudar os autos anteriormente à apreciação da apelação em sessão. A defesa do suposto direito fundamental à oralidade na segunda instância, portanto, tem por base justamente a premissa apontada no item 3.3 deste trabalho, de modo que não se questiona que seja realmente através apenas da exposição oral do relator que os demais membros do colegiado,

⁶²⁶ Conforme notícia BRAÑAS, Carlos Martin. *La oralidad y la segunda instancia civil*, p. 9, disponível em <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>, acesso em 27.jul.2011, em texto que serviu de base para o já citado Colóquio “*Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*”, realizado pela Associação Internacional de Direito Processual na Espanha em 2008. Em harmonia com tal posição, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a imprescindibilidade da sustentação oral apenas no que concerne ao processo penal, conforme se extrai do seguinte precedente: “Habeas corpus. 1. No caso concreto, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido). 2. No caso concreto, o juízo de origem indeferiu pedido de liberdade provisória por entender que, na espécie, o paciente ostentava maus antecedentes correspondentes a: i) ocorrência, meses antes, de prisão em flagrante por cometimento do crime eleitoral previsto no art. 299 da Lei nº 4.737/65; ii) a existência de duas ações penais em curso e um inquérito policial pelos seguintes crimes: tráfico de entorpecentes e associação (arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/1976); esbulho possessório (art. 161, II c/c 3º do Código Penal) e difamação (art. 139 do Código Penal). 3. Alegações da defesa: a) preliminarmente, o reconhecimento de nulidade decorrente da falta de oferecimento de oportunidade para a realização de sustentação oral previamente requerida pela defesa perante o STJ; e b) no mérito, ausência de fundamentação do referido acórdão, tendo em vista que, na espécie, não estariam expressos os requisitos para a decretação da prisão preventiva e, por conseguinte, para a negativa de liberdade provisória ao paciente (art. 310, parágrafo único c/c arts. 311 e 312, todos do CPP). 4. Inicialmente, há precedentes de ambas as Turmas do STF que denotavam o entendimento no sentido de que a sustentação oral não seria ato essencial à defesa. A jurisprudência da Corte evoluiu adotando nova orientação para as sustentações orais em sede de habeas corpus a partir da Emenda Regimental nº 17, de 9 de fevereiro de 2006. Precedentes: RHC nº 90.891/GO, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, julgado em 24.4.2007; e HC nº 84.193/MG, de minha relatoria, 2ª Turma, maioria, DJ 11.5.2007. 5. A rigor, seria caso de acolhimento da preliminar para anular o julgamento do STJ, a fim de que proceda a outro, cientes os impetrantes, com antecedência, da data que venha a ser designada. 6. Superação de eventuais argumentos de eventual supressão de instância pelo simples fato de que se está a discutir a regularidade de fundamentação de decisão de juízo singular que indeferiu pedido de liberdade provisória formulado em nome do ora paciente. 7. O simples fato de o réu estar sendo processado por outros crimes e respondendo a outros inquéritos policiais não é suficiente para justificar a manutenção da constringão cautelar. Precedentes citados: RHC nº 83.493-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Carlos Britto, DJ 13.2.2005; e RHC nº 84.652/RJ, de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, DJ 23.3.2007. 8. Ordem deferida para que seja concedida a liberdade provisória ao paciente, lavrando-se o competente alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso” (HC 86186, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/05/2007, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00091 EMENT VOL-02285-03 PP-00582).

⁶²⁷ *Avaliação do sistema de recursos em processo civil e processo penal*, 2005, (Disponível em <http://www.dgpi.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/recursos-civeis/reforma-dos-recursos-em/>, Acesso em 05.jun.2010), p. 146-8, ressaltando que no Código Português de 1939 havia uma previsão meramente formal de sustentação oral, que era considerada letra morta pela doutrina. O mesmo relatório, à p. 147, reconhece, porém, que o regime português quanto à sustentação oral é um dos mais restritivos de toda a Europa.

ordinariamente, formam suas respectivas convicções sobre a causa. Contudo, a visão garantística do direito processual civil, e que busca a realização na medida mais efetiva possível das razões subjacentes ao procedimento recursal, conduz a que se combata não a consequência dos vícios da disciplina legal do procedimento, mas sim a *própria premissa* em que se funda o raciocínio. Com efeito, e com a devida vênia, o erro do regime formal do procedimento recursal consiste em tolerar que os demais julgadores profiram os votos sem qualquer estudo prévio dos autos, o que debilita de forma gritante a realização da finalidade de *reforço da cognição* através do julgamento colegiado. Não é suficiente, portanto, equiparar a manifestação das partes à fórmula através da qual o relator expõe a causa e os fundamentos de seu voto na sessão, isto é, através de manifestações orais; ao contrário, o que é necessário é pôr fim ao déficit de cognição decorrente da ausência de exame dos autos pelos vogais, impondo o prévio estudo da causa a todos os julgadores, para que todos possam ser influenciados pelas manifestações escritas formuladas pelas partes nos autos.

Assim, na realidade o suposto direito fundamental à oralidade na segunda instância apenas pode ser sustentado, no atual sistema processual, como solução *paliativa*: enquanto perdurar o regime em que os demais julgadores somente têm contato com a causa através do debate *oral* na sessão, às partes têm de ser reconhecido o direito à sustentação oral em qualquer espécie de recurso como fruto da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), para que possam influir da *única forma direta e eficaz possível sobre o convencimento dos demais julgadores*. Quando, porém, tal sistemática for devidamente corrigida com o estudo prévio dos autos por cada julgador, já não será mais necessário defender um direito fundamental à oralidade na segunda instância como decorrência da garantia do contraditório, de vez que este pode ser validamente exercido também de forma efetiva através das petições escritas no processo, influenciando a convicção dos membros do colegiado da mesma forma como ocorre com os julgamentos em primeiro grau sem audiência, em que é ausente a oralidade sem qualquer pecha de inconstitucionalidade.

Pois bem. Segundo o Código de Processo Civil de 1973, é de quinze minutos o prazo para que o recorrente sustente oralmente suas razões na tribuna, ao que se seguirá, por igual prazo, a manifestação do recorrido. Conforme aponta a doutrina, cabe ao Regimento Interno de cada Tribunal disciplinar a hipótese, não rara, de presença de litisconsortes com procuradores distintos, de vez que o art. 191 do Código, do ponto de vista literal, não regula a

questão⁶²⁸. Com base nisso, o art. 69, § 1º, do RITJRJ prevê a duplicação do prazo de sustentação oral, dispondo ainda, na ausência de acordo em contrário, que caberá a cada litisconsorte fração igual sobre o tempo daí resultante⁶²⁹.

O conteúdo da sustentação oral abrange tanto as razões já expostas nas petições escritas como eventuais argumentos novos⁶³⁰, desde que validamente suscetíveis, como se passa com fundamentos de direito até então não apontados. Por certo, deverá incidir, neste ponto, a garantia do contraditório na vertente da audiência bilateral, impedindo-se que as partes atuem maliciosamente com a reserva de “trunfos” não mencionados anteriormente, quando poderiam tê-lo feito. Assim, caso suscitado fundamento jurídico novo da tribuna, a parte contrária deverá ter a oportunidade de se manifestar sobre o ponto oralmente, ainda que já tenha exercido seu prazo para sustentação oral, sob pena de violação ao contraditório, na mesma linha do que se verá, no item seguinte, quanto à possibilidade de que as partes se manifestem sobre fundamento novo eventualmente levantado no voto dos vogais. De qualquer modo, no conteúdo da sustentação oral devem ser incluídas as preliminares, as prejudiciais e o mérito, sendo lícito, conforme dispõe o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que haja o destaque, pelo relator, de questões prévias, para que sobre elas se manifestem de forma separada o recorrente e o recorrido, descontando-se, posteriormente, tal período do prazo para o arrazoado quanto ao mérito⁶³¹.

Não só às partes é reconhecido o direito ao uso da palavra falada na sessão colegiada. Com efeito, aplicando-se por analogia o disposto no art. 83, I, do CPC⁶³², aponta a doutrina ser necessário reconhecer também o exercício da sustentação oral ao membro do Ministério Público nos casos em que atua como fiscal da lei, de vez que quando parte, a rigor, tal

⁶²⁸ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 318; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 667, que, contudo, defende uma interpretação extensiva do art. 191 do Código.

⁶²⁹ RITJRJ, Art. 69 - Cabendo sustentação oral, e desejando os advogados usar da palavra, o Presidente a dará, sucessivamente, ao de cada uma das partes, pelo prazo improrrogável de 15' (quinze) minutos, salvo disposição em contrário. § 1º - Havendo litisconsortes, com procuradores diferentes, o prazo será duplicado e dividido em partes iguais pelos advogados das partes coligadas, salvo se estes preferirem outra divisão.

⁶³⁰ Assim, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 668; e PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 68.

⁶³¹ RITJRJ, Art. 69 (...) § 2º - Se houver preliminares ou prejudiciais destacadas, poderão falar sobre cada uma, de início, o advogado do autor ou do recorrente e depois o do réu ou do recorrido, salvo se este for o suscitante, caso em que lhe será dada a palavra em primeiro lugar. § 3º - Na hipótese de passar-se ao exame do mérito, após a votação das preliminares ou prejudiciais, o tempo utilizado em relação a estas, pelos advogados das partes, será descontado do prazo a que se refere o caput deste artigo.

⁶³² CPC, Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

prerrogativa já decorreria do disposto no art. 554 do Código⁶³³. Seguindo tal orientação, prevê o art. 69, § 4º, do RITJRJ caber ao Ministério Público a manifestação, por quinze minutos, após as razões orais das partes, ou, quando ausentes estas, após a exposição do relatório⁶³⁴. A disposição, porém, padece do mesmo vício que inquina o art. 83, I, do Código de Processo Civil: para que o contraditório seja exercido em sua plenitude, às partes deve ser reconhecida a possibilidade de redargüir também à exposição oral feita pelo membro do *parquet* em sessão, de modo que este deveria usar da palavra *antes*, e não depois, do recorrente e do recorrido. Com efeito, apenas uma visão autoritária da Justiça civil, que desconsidera o valor legitimante do contraditório sobre qualquer ponto ou questão a ser resolvida pelo julgador na decisão, permite que ainda hoje a manifestação do Ministério Público não seja submetida ao crivo do contraditório.

Por fim, cabe uma nota sobre a postura dos membros do colegiado diante da sustentação oral. Como se verá com mais vagar no item seguinte, o Código de Processo Civil elegeu o momento anterior ao voto do relator para a realização da sustentação oral, de forma a fazer com que o arrazoado das partes constitua um dos elementos que comporão o material sobre o qual será formada a convicção dos julgadores. Assim, embora, como visto, não seja possível afirmar que a sustentação oral seja um componente imprescindível da garantia do contraditório, com a ressalva contextual antes feita, nas hipóteses em que prevista em lei tal prerrogativa é preciso que seu regime jurídico seja informado pela mais ampla efetividade do direito de influência das partes sobre a decisão judicial a ser proferida. Por certo, não se pode levar o argumento ao extremo de controlar a atenção com que os membros do colegiado assistem à exposição mais ou menos eloqüente dos advogados, eis que matéria afeta ao campo da psicologia judiciária. Contudo, é imprescindível que haja um mínimo de controlabilidade a respeito da postura dos membros do colegiado no curso da sustentação, que não podem se furtrar à influência que sobre a respectiva convicção as partes têm o direito de exercer.

Entre os extremos do controle psicológico e da absoluta ausência de qualquer balizamento figuram exemplos que servem para demonstrar que a virtude, como na vida em geral, se situa no meio-termo. Há quem afirme, na doutrina, que os julgadores devem guardar “obsequioso silêncio” no curso da exposição oral das partes⁶³⁵. Piero Calamandrei, em estudo

⁶³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 667; e ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 318-9.

⁶³⁴ RITJRJ, Art. 69 (...) § 4º - O Órgão do Ministério Público, quando este não seja parte, poderá intervir oralmente após os advogados, ou, em sua falta, após o relatório, também pelo prazo de 15' (quinze) minutos, salvo disposição em contrário.

⁶³⁵ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 319: “Elementar dever de cortesia aponta a necessidade de obsequioso silêncio, respeitando uns e outros, no curso de debate oral. A troca de impressões, em surdina, talvez provocada por algum ponto suscitado na sustentação, quebra a concentração do expositor, tumultua o

específico traduzido por José Rogério Cruz e Tucci⁶³⁶, analisa os efeitos jurídicos da sonolência de um dos membros do colegiado no curso do julgamento na jurisprudência dos tribunais alemães do final da década de trinta do século passado, em raciocínio que abarca o problema da postura perante a sustentação oral. Segundo o autor, reconheceu-se, em um primeiro momento, que “a câmara julgante não está legalmente composta quando integrada por um membro *continuadamente* incapaz de seguir o desenvolvimento do julgamento”, de modo que “o sono contínuo do juiz poderia ser argüido como motivo de nulidade da sentença em decorrência da violação do princípio da oralidade e da irregular composição da turma julgadora”. Em julgado posterior, o Supremo Tribunal do *Reich* apreciou situação relativamente distinta, na qual um dos julgadores, no curso das manifestações orais, encontrava-se inserido em atividade distinta, sem conferir atenção à exposição: entendeu-se, então, que “não se afigura possível controlar o grau de atenção que os juízes prestam à discussão da causa, e que a sua possível distração não pode ser invocada como motivo de nulidade do julgamento”. Ao final, concluiu o autor que, para estas últimas hipóteses, a questão deveria ser resolvida no âmbito das *boas relações entre juízes e advogados*, “sem necessidade de polêmicas teóricas ou de recorrer-se contra a decisão”. O exemplo, como bem se sabe, não fica restrito ao campo acadêmico, encontrando paralelo de ampla divulgação na imprensa brasileira⁶³⁷.

Dessas considerações se extrai a conclusão de que são incompatíveis com o contraditório (CF, art. 5º, LV) condutas que, exteriorizadas em aspectos constatáveis intersubjetivamente, impeçam de forma absoluta a sujeição do convencimento dos julgadores às manifestações das partes. Para tanto, mostra-se relevante a atuação zelosa do Presidente do órgão colegiado, que deve assegurar a ordem na sessão também no que toca ao momento da sustentação oral, inclusive determinando, a pedido da parte que se sinta prejudicada, a consignação nos autos de eventual conduta do julgador que seja manifestamente desarmôniosa com o respeito à exposição do advogado⁶³⁸.

ambiente e denota indiferença e descaso com a atividade profissional alheia. Não faltam oportunidades para os magistrados falarem em voz alta. Além disso, podem se conectar on-line e trocar mensagens curtas. Ao permanecerem calados e atentos ao debate travado à sua vista, inspiram confiança e respeito na obra da Justiça”.

⁶³⁶ CALAMANDREI, Piero. *A distração dos juízes como motivo de nulidade do julgamento*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI135818,91041-a+distracao+dos+juizes+como+motivo+de+nulidade+do+julgamento>, acesso em 26.jul.2011.

⁶³⁷ Confira-se, sobre o tema, a notícia veiculada em <http://www.conjur.com.br/2009-set-05/desembargador-flagrado-jogando-xadrez-durante-sessao-tj-ba>, acesso em 26.jul.2011, que divulga o fato de Desembargador ter sido “flagrado jogando xadrez em seu computador na mais importante sessão do pleno do Tribunal de Justiça” em que atua.

⁶³⁸ Ressaltando o papel do Presidente do colegiado nesse ponto, cf. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 67.

Sob esse prisma, ademais, mostram-se em evidente descompasso com a garantia do contraditório participativo previsões regimentais como a que consta do art. 162, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que tolera a participação no julgamento de membro que, embora ausente no começo da sessão – e, por consequência, à sustentação oral –, se considere habilitado a votar⁶³⁹. Parece fora de dúvida que os julgadores não podem, por ato de vontade, simplesmente *renunciar* à influência que sobre seu convencimento pretendiam exercer as partes através da sustentação oral, de modo que a disposição não se sustenta à luz da hierarquia constitucional da garantia do contraditório. É preciso que se reconheça também, como condição para a ampla efetividade do direito de influência das partes, a possibilidade de renovação da sustentação oral caso sobrevenha, na pendência do julgamento, alteração significativa dos membros que compõem o colegiado, na linha do que já sinalizado pela jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça⁶⁴⁰ e como afirma expressamente o art. 78 do RITJRJ⁶⁴¹.

O Projeto de Novo CPC, de acordo com a versão aprovada no Senado em 2010, apresenta avanços no regime da sustentação oral, principalmente no que concerne ao universo dos recursos em que tal prerrogativa se mostra cabível. Com efeito, dispõe o art. 892 do Projeto, nos incs. I a VIII, sobre as diversas espécies recursais que admitem a sustentação oral⁶⁴², incluindo dentre elas o agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias

⁶³⁹ RISTJ, art. 162. (...) § 2º Não participará do julgamento o Ministro que não tenha assistido ao relatório, salvo se se declarar habilitado a votar.

⁶⁴⁰ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. PEDIDO DE VISTA. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO APÓS 20 MESES. NOVA INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÃO SANADA. 1. A ora embargante busca integrar o julgado em tela para que o provimento jurisdicional veiculado no acórdão que acolheu o recurso especial compreenda também a determinação de que, além da necessidade de nova intimação das partes para a sessão em que será apresentado o voto-vista da apelação, abra-se também oportunidade à renovação das sustentações orais. 2. Durante o período, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região passou por profundas alterações em sua composição, tanto que são completamente diferentes os magistrados que participaram da primeira assentada daqueles que atuaram na segunda, e também são outros os atuais integrantes daquele eg. Colegiado. 3. Dada a excepcionalidade do caso concreto e as peculiaridades que cercam o julgamento da apelação, deve-se proporcionar oportunidade a ambas as partes de renovarem suas sustentações orais, garantindo, assim, a legítima possibilidade de influência na resolução da controvérsia. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos” (EDcl no REsp 1115393/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 09/10/2009). No mesmo sentido, cf. MARTINS, Sandro Gilbert. *Sustentação oral*, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 11, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 421.

⁶⁴¹ RITJRJ, Art. 78 - No julgamento cuja conclusão tiver sido transferida, não tomará parte quem não houver assistido ao relatório, salvo para completar o quorum, caso em que se fará um resumo do relatório e se mencionará o estado da votação, facultando-se aos advogados, se admissível, a sustentação oral. Parágrafo único - Na conclusão da votação, observar-se-á o disposto no art. 115, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n.º 35 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), havendo-se por definitivamente julgada a matéria vencida na sessão anterior.

⁶⁴² Projeto Novo CPC, Art. 892. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo do relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões nas seguintes hipóteses: I – no recurso de apelação; II – no recurso especial; III – no recurso extraordinário; IV – no agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso especial ou recurso extraordinário; V – no agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência; VI – nos embargos de divergência; VII – no recurso ordinário; VIII – na ação rescisória. § 1º A sustentação oral no incidente de

que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência (inc. V). Embora louvável o avanço, de vez que, sob o atual Código de 1973, mesmo em tais hipóteses o agravo de instrumento seria desprovido de sustentação oral, por força do art. 554 do CPC, a verdade é que ainda remanescerão hipóteses em que o julgamento do agravo de instrumento não será acompanhado de sustentação oral, de vez que seu âmbito de cabimento é, na sistemática do Projeto, mais amplo do que apenas o das decisões sobre tutela de urgência e de evidência, abarcando questões de relevância similar ou mesmo superior⁶⁴³.

De outro lado, o Projeto também incorporou a iniciativa de introduzir a sustentação oral no julgamento dos agravos internos, mas com ressalva de difícil justificação, ao prever, no inc. IV, o cabimento de sustentação oral “no agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso especial ou recurso extraordinário”. A incoerência da ressalva é revelada pelo confronto da disposição com os demais incisos que compõem o referido art. 892: se há outros recursos cujo procedimento pode ser abreviado por decisão monocrática do relator, resta indagar qual o motivo que inspirou o Projeto a circunscrever a sustentação oral apenas ao agravo interno nas três espécies de recursos antes referidas, afastando-a do julgamento, por exemplo, de agravo interno em embargos de divergência ou mesmo na hipótese de agravo de instrumento inserida no citado inc. V, dotadas também de sustentação oral. Melhor seria, portanto, que o dispositivo apenas afirmasse, de forma geral, o cabimento de sustentação oral em agravo interno nas mesmas hipóteses em que já a admitiria o procedimento ordinário do recurso julgado monocraticamente.

3.5.2. O momento da sustentação oral

resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 993. § 2º Os procuradores que desejarem proferir sustentação oral poderão requerer, até o início da sessão, que seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

⁶⁴³ Sobre o tema, mas levando em conta a versão original do Projeto, sem as alterações ocorridas no Senado Federal, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil*. In: *O novo processo civil brasileiro - Direito em expectativa (Reflexões acerca do Projeto de novo Código de Processo Civil)*, (org.) Luiz Fux, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 365-435. Na versão aprovada no Senado, o cabimento do agravo de instrumento é definido pelo art. 969, cuja redação é a seguinte: “Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas de urgência ou da evidência; II – o mérito da causa; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica; V – a gratuidade de justiça; VI – a exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade; VIII – a limitação de litisconsórcio; IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X – outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

O exame do vínculo entre a garantia do contraditório participativo e a sustentação oral nos Tribunais revela outro aspecto teórico relevante. É que, como já dito, na atual sistemática do Código a sustentação oral é realizada, quando cabível, na sequência à exposição da causa pelo relator e anteriormente à prolação de seu voto⁶⁴⁴, como dispõe o art. 554 do CPC/73. Na história do direito processual brasileiro, porém, e sob o argumento de assegurar efetividade à garantia do contraditório, já foram colocadas em prática iniciativas legislativas, de regra capitaneadas pelo segmento da advocacia, para modificar o momento de realização da sustentação oral na sessão, a fim de que pudesse ser possível expor o arrazoado oral das partes não previamente, mas sim após o voto proferido pelo relator.

A iniciativa original, ao que se tem notícia, foi tomada ao tempo da vigência do Código de Processo Civil de 1939. Com efeito, a redação original do *caput* do art. 875 do diploma, bastante similar ao atual art. 554 do CPC/73, previa que a sustentação oral seria realizada após “feita pelo relator a exposição dos fatos”, quando então caberia ao Presidente dar a palavra sucessivamente ao recorrente e ao recorrido⁶⁴⁵. A Lei nº 2.970/56, porém, foi editada com a finalidade precípua de alterar tal sistemática, ao modificar a redação do art. 875 do CPC/39 para que, além de afastar a exclusão do agravo, nele se previsse a sustentação oral após “proferido o voto do relator”, sendo estabelecida, concomitantemente, a necessidade de que este, depois de ouvidas as razões das partes, confirmasse ou reconsiderasse de forma expressa o voto anteriormente proferido⁶⁴⁶.

A finalidade por detrás de tal inovação consistia, a bem da verdade, no reforço da efetividade da sustentação oral como instrumento de realização do contraditório participativo. Não se ignora que, por um lado, a nova sistemática acabava por afastar, do ponto de vista prático, o próprio relator da influência exercida pela sustentação oral, na medida em que proferido o respectivo voto antes de expostas as razões pelas partes. Fazia-o, porém,

⁶⁴⁴ Ressalva-se, evidentemente, eventual intervenção oral fundada no art. 7º, X, do Estatuto da OAB, segundo o qual constitui direito do advogado “usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”. Sobre o tema, que não se confunde, evidentemente, com a sustentação oral, mas revela também uma exteriorização do princípio da oralidade nos Tribunais, cf. MARTINS, Sandro Gilbert. *Sustentação oral*, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 11, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 421-2.

⁶⁴⁵ CPC/39, Art. 875. Na sessão de julgamento, feita pelo relator a exposição dos fatos, o Presidente, se o recurso não fôr de agravo ou embargos declaratórios, dará a palavra sucessivamente ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze (15) minutos a cada um, para a sustentação das respectivas conclusões, passando o Tribunal a julgar, de acôrdo com o seu regimento interno.

⁶⁴⁶ CPC/39, Art. 875. Na sessão de julgamento, feita a exposição dos fatos e proferido o voto pelo relator, o Presidente, se o recurso não fôr de embargos declaratórios, dará sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, a palavra pelo prazo improrrogável de quinze minutos a cada um, para a sustentação das respectivas conclusões, prosseguindo-se de acôrdo com o regimento interno do Tribunal, depois de dada novamente a palavra ao relator para que, expressamente, confirme ou reconsidere o seu voto.

conscientemente, pois o estudo dos autos feito pelo relator ensejava – como de fato ainda hoje enseja – que o seu voto já viesse previamente redigido à sessão, com base nos elementos escritos constantes dos autos, de forma que a influência da sustentação oral sobre ele seria, afinal, de qualquer modo pequena⁶⁴⁷. De outro lado, a exposição das razões orais após o voto do relator permitiria que os advogados das partes ao menos tivessem a oportunidade de quebra da força natural da inércia que informa, muitas vezes, o comportamento dos demais membros votantes do colegiado, cuja convicção é comumente atraída pelos fundamentos expostos no voto inicial na ordem de votação⁶⁴⁸. Assim, se o direito de influência sobre o relator já teria sido exercido, em grande medida, previamente à sessão de julgamento, pelas razões escritas constantes dos autos e, eventualmente, pelo exercício da oralidade desformalizada nos Tribunais, no curso da sessão a efetividade dessa influência sobre os vogais seria elevada à maior potência pela chance de contrapor aos fundamentos do relator as razões orais de forma imediata⁶⁴⁹.

Como se vê, a lógica que presidiu a modificação legislativa decorrente da Lei nº 2.970/56 tinha por base a tomada de consciência, pelo legislador, acerca do modo real como ocorriam os julgamentos colegiados nos Tribunais, fortemente calcados, na linha do que se expôs anteriormente neste trabalho, no exame dos autos feito pelo relator, cujo convencimento é formado antes da realização da sessão colegiada. Ressalte-se, ainda, que o voto do relator, além de, por definição, influir fortemente sobre o voto dos vogais, muitas vezes suscita questões de ofício até então não debatidas pelas partes, como mencionado em item anterior deste trabalho, de modo que também por isso se justificaria a sustentação oral em momento posterior ao pronunciamento do relator à luz da garantia do contraditório.

A modificação do CPC/39, contudo, não superou o teste de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Corte Suprema, em acórdão publicado em 01 de dezembro do ano da entrada em vigor da Lei nº 2.970/56⁶⁵⁰, isto é,

⁶⁴⁷ É o que afirma, ainda hoje, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 86: “A sustentação oral das razões destina-se, obviamente, a influir nos votos, e sem dúvida é suscetível de fazê-lo: menos, em regra, quando ao relator e, se houver, ao revisor, que se presume hajam examinado com atenção a causa e formado convencimento antes de virem para a sessão; mais com referência aos juízes que não tiveram contacto direto com os autos”.

⁶⁴⁸ Assim, cf. BENCKE, Carlos Alberto. *A sustentação oral perante o tribunal no processo civil: proposição de uma reflexão crítica*, In: Revista de Direito da UNISC, n. 17, p. 42 e segs.

⁶⁴⁹ Nesse sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 86.

⁶⁵⁰ Não foram encontradas referências exatas, nos trabalhos doutrinários consultados, sobre a identificação do processo em que proferido o acórdão mencionado. Nem mesmo nos votos dos Ministros do Supremo no julgamento da ADIN nº 1.105/DF, a ser mencionada adiante, há referências precisas sobre o julgado em que declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 2.970/56.

aproximadamente uma semana após sua promulgação, declarou inconstitucional a alteração da sistemática da sustentação oral, ao reputar configurada violação ao art. 97, II, da Constituição de 1946, que previa a competência dos Tribunais para a elaboração dos respectivos Regimentos Intenos⁶⁵¹. Assim, entendeu a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em orientação reputada memorável pela doutrina da época⁶⁵², vencidos os Mins. Luiz Gallotti e Hahnemann Guimarães, que o objeto disciplinado pela Lei deveria ser necessariamente regido por disposições regimentais, de modo que a lei federal não poderia nele adentrar. Passados três anos, o Senado Federal editou a Resolução nº 23/59⁶⁵³, cujo artigo único, seguindo a orientação do STF, suspendia de modo *erga omnes* a executoriedade da Lei nº 2.970/56, nos termos do art. 64 da Constituição em vigor à época⁶⁵⁴.

No Capítulo 2 deste trabalho já foram tecidas as críticas inevitáveis a essa orientação do STF no que concerne à inconstitucionalidade formal. O que se mostra relevante para o presente ponto, na realidade, é a constatação de que a mesma controvérsia jurídica enfrentada pelo Supremo na década de cinquenta do século passado veio a ser ressuscitada na década de noventa, ao tempo do julgamento da liminar na ADIn nº 1.105/DF, e na primeira década do século XXI, quando da apreciação em definitivo do pedido da referida ADIn. De fato, a redação do art. 554 do CPC dispõe, como já assinalado, que a sustentação oral deve ser realizada antes do voto do relator. O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), contudo, inovou neste tema ao prever, dentre os direitos do advogado, o de “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido” (Art. 7º, IX).

Assim, o que fez o legislador em 1994 foi trazer novamente à tona, ao menos em parte, o regime anteriormente instituído para a sustentação oral na vigência da Lei nº 2.970/56. A rigor, no entanto, há duas distinções merecedoras de nota. Em primeiro lugar, o art. 7º, IX, do Estatuto da OAB não modificou a regra geral prevista no art. 554 do Código de Processo Civil; ao contrário, criou apenas um direito passível de invocação pelo advogado,

⁶⁵¹ CF/46, Art. 97 - Compete aos Tribunais: (...) II - elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; (...).

⁶⁵² MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966, p. 66.

⁶⁵³ Resolução nº 23/59 do Senado Federal, Artigo único - É suspensa, nos termos do art. 64 da Constituição Federal, a execução da [Lei nº 2.970, de 24 de novembro de 1956](#) que modifica o art. 875 (*caput*) do Código de Processo Civil, em virtude de haver sido, em acordão de novembro do referido ano, do Supremo Tribunal Federal, julgada infringente do art. 97, nº II, da mesma Constituição.

⁶⁵⁴ CF/46, Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

que, presume-se, poderia deslocar o momento da sustentação, se o desejasse, para após o voto do relator. Já a Lei nº 2.970/56, menos do que estabelecer uma mera faculdade, instituiu uma nova regra geral, de modo que, na sua vigência, a sustentação oral, invariavelmente, deixaria de ser realizada imediatamente após o relatório. De outro lado, o Estatuto da OAB não repetiu expressamente o dever de o relator confirmar ou retratar o voto proferido antes da sustentação oral, tal como constava da redação do art. 875 do CPC/39 após a modificação da Lei nº 2.970/56, o que, a bem da verdade, era de todo inócuo, pois, como se verá mais à frente neste trabalho, tal possibilidade já decorria implicitamente da regra teórica que permite a modificação dos votos até o momento da proclamação do resultado pelo Presidente do órgão colegiado.

De qualquer modo, também o art. 7º, IX, da Lei nº 8.906/94 teve a respectiva constitucionalidade impugnada junto ao Supremo Tribunal Federal, através do ajuizamento, pelo Procurador-Geral da República, da mencionada ADIn nº 1.105/DF. Embora, como já examinado no Capítulo 2 deste trabalho, o fundamento prevalecente no deferimento da liminar tenha sido a frágil inconstitucionalidade formal, em razão de violação ao domínio normativo dos Regimentos Internos, a verdade é que, ao tempo do julgamento de mérito, já em maio de 2006, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir do voto do Min. Gilmar Mendes, e vencidos os Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, acolheu a tese calcada na inconstitucionalidade material da inovação legislativa por violação ao princípio do contraditório, em categórica demonstração de descompasso com a evolução garantística do direito processual civil no plano teórico.

Com efeito, e buscando alicerce em passagem do voto do Min. Francisco Rezek no julgamento da liminar, a tese vitoriosa fincou premissa na concepção tradicional da garantia do contraditório, decorrente da ideia de audiência bilateral (*audiatur et altera pars*), a estabelecer um vínculo jurídico exclusivamente entre os dois pólos do conflito de interesse – i.e., autor e réu –, sem que enfeixasse também a figura do juiz⁶⁵⁵. Assim, toda a influência do contraditório deveria ser limitada à forma e aos efeitos do comportamento manifestado pelas partes, a fim de assegurar, entre elas, a efetiva paridade de armas. Por ser estranha a essa concepção a figura do juiz, a sustentação oral exercida após o conhecimento dos fundamentos

⁶⁵⁵ Afirmou-o com todas as letras o Min. Joaquim Barbosa, para quem “o contraditório se estabelece entre as partes que litigam, não entre uma das partes e o magistrado”, na linha do que já havia consignado anteriormente o Min. Francisco Rezek, ao asseverar que “o contraditório se estabelece entre as partes, entre os que litigam, entre os que contendem ante o juiz. Não há um contraditório a se estabelecer oralmente com o magistrado”. Mesmo o Min. Marco Aurélio, ao votar vencido, referendou a afirmação teórica de que o contraditório não abarca o juiz, ao assinalar que “muito menos posso dizer que se atrai para o contraditório a participação do juiz, porque na relação processual ele ocupa espaço próprio, distinto daquele reservado às partes e aos representantes processuais”.

do voto do relator representaria a instituição de um *quase-recurso*, na medida em que voltado à impugnação dos fundamentos por ele apresentados, com os efeitos prejudiciais de fragmentar a unidade conceitual do julgamento colegiado, de instaurar tumulto procedimental na sessão e de desfigurar a tradicional compreensão do princípio do contraditório⁶⁵⁶.

A argumentação, contudo, e com a devida vênia, não resiste à ótica contemporânea que informa a garantia fundamental do contraditório participativo. De fato, já foi ressaltado, neste trabalho, o modo como os valores humanitários resultantes da redemocratização dos Estados soberanos no segundo pós-guerra influenciaram de perto a prestação da jurisdição, notadamente a partir do primado da dignidade humana. Nessa nova ótica, que vai além do contraditório como *audiência bilateral*, a garantia do contraditório, transmutada em *contraditório participativo*, deixa de ser concebida apenas sob o ângulo do embate entre as partes, do duelo travado no processo judicial, para ser vista principalmente como um instrumento de exercício de participação política, como meio para que o indivíduo que será afetado pela decisão possa influenciar o conteúdo do ato a ser praticado pelo juiz. Nesse novo contexto, a posição do juiz também tem de ser redimensionada, de vez que imprescindível para que o exercício concreto desse direito de influência seja assegurado. Se a audiência bilateral impunha que as partes fossem ouvidas sempre de igual forma, e apenas isso, hoje o contraditório participativo impõe que o juiz assuma a postura de destinatário de um diálogo humano, criando os meios para que possa ser influenciado pelo comportamento das partes no processo. Contraditório, assim, não se exerce exclusivamente contra a outra parte, mas em face também do juiz e com a indispensável participação deste, para influir na formação do seu convencimento, e influir da maneira mais eficaz possível, como fruto da incidência sobre a atividade jurisdicional do princípio da participação democrática⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 7º, IX, DA LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SUSTENTAÇÃO ORAL PELO ADVOGADO APÓS O VOTO DO RELATOR. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. I - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. II - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, IX, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994”. (ADI 1105, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2006, DJe-100 DIVULG 02-06-2010 PUBLIC 04-06-2010 EMENT VOL-02404-01 PP-00011 RDECTRAB v. 17, n. 191, 2010, p. 273-289 RDDP n. 89, 2010, p. 172-180)

⁶⁵⁷ O núcleo conceitual resultante da evolução da garantia do contraditório participativo, com a expressa afirmação de que, na atualidade, “o juiz passa a integrar o contraditório”, é exposto por GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544-5: “O contraditório passou a constar explícita ou implicitamente das Cartas de Direitos Fundamentais, como a da Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inciso LV), agora não mais simplesmente como um princípio, mas como garantia da eficácia concreta dos direitos fundamentais, característica não só do processo judicial, mas também do processo administrativo, conferindo uma dimensão jamais alcançada ao princípio político da participação democrática, já que, sem ele, esses direitos não passam de vazias proclamações e, somente através dele, o Estado põe à disposição dos cidadãos todos os meios possíveis para alcançar na prática essa proteção. Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo,

É evidentemente insustentável, assim, a afirmação, constante da ementa do julgado do Supremo, de que “o contraditório se estabelece entre as partes”, utilizada para resumir a totalidade dos efeitos de tal garantia fundamental ao enlace entre autor e réu, excluindo de tal influência também o julgador. Na realidade, a concepção contemporânea do princípio do contraditório, se bem compreendida, deveria ter levado o Supremo a resultado diametralmente oposto no julgamento da ADIn nº 1.105/DF, reconhecendo a validade da inovação legislativa prevista no art. 7º, IX, da Lei nº 8.906/94, e isso pelas seguintes razões.

A rigor, e como ressaltado pelo voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence, tanto a sustentação oral anterior ao voto do relator quanto a posterior devem ser tidas por válidas à luz da Constituição Federal. É que as duas sistemáticas promovem a garantia do contraditório em medida razoável, embora com enfoques sensivelmente distintos. Por um lado, a sustentação oral imediatamente após a leitura do relatório permite que o arrazoado das partes na tribuna constitua a última esperança de influir sobre a formação do convencimento específico do relator, já que realizada antes do pronunciamento deste no colegiado. Não se ignora, por certo, que o contraditório também é exercido quanto ao relator através das petições escritas, a partir das quais este elabora a minuta de voto escrito antes da realização da sessão, muitas vezes a se converter sem alterações no pronunciamento definitivo. De qualquer modo, a sustentação oral na sessão em momento anterior ao voto do relator amplia o material sobre o qual este formará seu convencimento, instituindo mais uma forma de manifestação do contraditório quanto ao referido julgador.

De outro lado, a disciplina legal da sustentação após o voto do relator, se, por certo, afasta em grande medida este último do âmbito concreto de influência das razões orais manifestadas pelas partes, potencializa a efetividade do contraditório sobre o convencimento dos demais membros do colegiado. De fato, e como já mencionado, a finalidade que inspirou a criação original deste regime, em 1956, foi a de reconhecer o peso da manifestação do relator no âmbito do colegiado nos Tribunais, e, por consequência, de permitir que as partes exponham argumentos em face dos fundamentos acolhidos por tal membro ao proferir o

mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. Ora, de nenhuma valia para a concretização desse objetivo terá toda a atividade dialética das partes se o juiz não revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas pelos litigantes estão sendo avaliadas pelo seu entendimento. Instaura-se, na 2ª metade do Século XX, o que poderíamos chamar de *contraditório participativo*, ou seja, o contraditório que, não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa. Como diz Picardi, o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento”.

primeiro voto em sessão, eventualmente redarguindo questões suscitadas de ofício até então não debatidas. Em última análise, portanto, a disciplina da sustentação oral após o voto do relator confere destaque à eficácia do contraditório sobre os vogais, partindo do pressuposto de que o contato prévio dos autos é realizado apenas, de regra, pelo relator⁶⁵⁸.

As duas opções legislativas, como se vê, promovem a garantia do contraditório. Entre ambas há, por certo, distinção com relação aos efeitos, mas tal distinção, longe de ser arbitrária, guarda um nexo de causalidade claro com a finalidade precípua promovida por cada qual. Assim, se nenhuma das sistemáticas pode ser reputada abstratamente como violadora da garantia do contraditório participativo, e se em ambas pode ser identificado um vínculo de razoabilidade entre os efeitos provocados e a finalidade perseguida⁶⁵⁹, cabia ao Supremo Tribunal Federal, como órgão essencialmente contramajoritário, reconhecer deferência à escolha política prevalecente no âmbito democrático, fruto da manifestação dos agentes eleitos, e com isso chancelando a opção do legislador tal como manifestada na Lei nº 8.906/94, promulgada em data posterior à redação original do art. 554 do CPC.

3.6. A deliberação colegiada

Como mencionado no Capítulo 2 deste trabalho, o raciocínio que o julgador traça para alcançar a conclusão exposta em uma decisão judicial não é, no mais das vezes, um fenômeno capaz de ser captado pelo processo, notadamente pelas regras de procedimento. Ninguém ignora, por certo, que na base de uma sentença, como prega a lei processual (CPC, art. 458, I

⁶⁵⁸ Não é suficiente argumentar, como faz, com a devida vênia, o Min. Cezar Peluso em seu voto, que a sistemática da Lei nº 8.906/94 padeceria de inconstitucionalidade à luz do postulado da razoabilidade, ao considerar que, se a finalidade buscada pelo legislador era evitar a surpresa processual causada pelos fundamentos do voto do relator, deveria ter instituído a possibilidade de sustentação oral também após o voto de eventual revisor ou dos vogais, igualmente capazes de ensejar tal fenômeno. Com efeito, a lei partiu da presunção, absolutamente respaldada na prática dos Tribunais, de que o voto do relator exerce um poder persuasivo de regra muito mais significativo sobre o voto dos demais membros. Partindo de tal premissa, o que o legislador fez foi eleger esse fato como um motivo para que o momento da sustentação oral pudesse ser deslocado no tempo, dentro da margem de apreciação razoável e dos diagnósticos e prognósticos legislativos. O regime, portanto, por se respaldar na experiência forense, não pode ser reputado arbitrário, decorrendo antes de um juízo plausível sobre a mecânica do julgamento colegiado nos Tribunais. Ademais, a concepção do contraditório participativo exige, de fato, como aventa o Min. Peluso por suposição, que às partes seja oportunizada a manifestação oral se, no curso da sessão, for suscitado fundamento novo até então não debatido, como decorrência do que se expôs anteriormente, neste trabalho, com relação à peça processual do relatório como instrumento de concretização do diálogo humano inerente ao atual patamar civilizatório do direito processual civil. Nessa linha lecionam MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 598. Como se vê, anuir com tal argumentação não conduz à invalidação da regra geral que o art. 7º, IX, da Lei nº 8.906/94 pretendia instituir.

⁶⁵⁹ O voto do Sepúlveda afirma-o expressamente, ao considerar que “tanto o contraditório como o devido processo legal, a meu ver, passam incólumes à alternativa legislativa, seja ela qual for, de propiciar defesa oral antes ou depois do voto do relator”.

e II), deve figurar, além do relatório, a fundamentação que alicerça o dispositivo, estabelecendo-se entre este e aquela um vínculo indissolúvel de racionalidade que permita o controle intersubjetivo. Mas a garantia fundamental da motivação das decisões judiciais, se bem que indispensável no atual estágio do Estado Democrático de Direito, ainda não é capaz de captar com verdadeira fidelidade o conjunto de ilações e de valorações que antecedem a emissão da decisão pelo juiz. E isso pela simples razão de que a motivação é exposta *após* já alcançada a conclusão pela procedência ou improcedência do pedido pelo julgador, tecendo-a no ato de redação da sentença⁶⁶⁰.

Com efeito, mesmo um juiz singular, antes de dar início à redação do *decisum*, depara-se com algumas perplexidades que o impedem de seguir adiante com a tese jurídica inicialmente alvitada para figurar como premissa na sentença; mesmo ele, portanto, forma em seu intelecto verdadeiros projetos de decisão, que, conforme amadurece a reflexão sobre a causa, acabam abandonados ou modificados na construção da decisão que ao final seja trazida a público através da motivação. Em suma, o momento em que o juiz singular traça o raciocínio valorando as teses contrapostas, atribuindo maior ou menor peso às alegações feitas pelas partes, fica, como regra, relegado ao *campo puramente psicológico*, só ingressando no processo através do ato de traduzir em palavras a decisão já tomada, consistente na elaboração da sentença⁶⁶¹.

Ocorre algo de substancialmente diverso, contudo, no julgamento colegiado. Nele, a deliberação colegiada funciona como meio de *externalização* de todo este processo intelectual de avaliação dos fatores relevantes para a solução da causa, já que dependente da reunião das manifestações não de um, mas de no mínimo três julgadores distintos. Mais do que apenas a externalização, na realidade a deliberação colegiada força a *procedimentalização* do raciocínio de tomada de decisão nos órgãos colegiados, necessariamente fracionando-o em etapas sucessivas para que o painel de julgadores avance em conjunto para o atingimento de um resultado.

Nesse contexto, o presente item se destina a analisar o regime formal da deliberação colegiada, entendida como tal a discussão e votação realizadas, na sessão de julgamento, imediatamente após a leitura do relatório e, eventualmente, após a sustentação oral pelas partes. Neste tema, algumas questões assumem maior relevo em razão do impacto direto sobre

⁶⁶⁰ Sobre este e outros aspectos da motivação das decisões judiciais, cf. GRECO, Leonardo. *Resumo do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile (CEDAM, Padova, 1975)*, 2005, In *Revista de Processo*, ano 32, n° 144, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 306-327.

⁶⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 386.

as garantias fundamentais do processo e sobre as razões subjacentes à colegialidade, e por isso merecerão destaque no estudo a ser feito na sequência, de acordo com a seguinte ordem: (i) o exame da composição da turma julgadora, (ii) a influência da publicidade processual sobre a deliberação colegiada e (iii) a proclamação do resultado pelo presidente do órgão.

3.6.1. A composição da turma julgadora e as garantias da independência e da imparcialidade

Dispõe o art. 555, *caput*, do CPC que o julgamento da apelação será realizado pela tomada de votos de três juízes⁶⁶². Tal disposição se aplica, como assevera a doutrina⁶⁶³, mesmo nas hipóteses em que o órgão colegiado seja composto por número superior de membros, na linha do que prevê o art. 101, § 1º, da LOMAN⁶⁶⁴, de modo que, nesses casos, a composição da turma *julgadora* será inferior à composição total do órgão colegiado. Esta última disposição, aliás, ressalva o julgamento de embargos infringentes nos Tribunais de segunda instância, que, por isso, tem de ocorrer com maior quórum, de acordo com o que for definido pelo Regimento Interno dos Tribunais⁶⁶⁵.

Mais uma vez, também aqui as disposições previstas no Código de Processo Civil e na LOMAN têm de ser confrontadas com o sistema constitucional de fontes normativas do processo civil inaugurado em 1988. O tema já havia sido analisado por Frederico Marques na vigência da Constituição de 1946. Segundo ele, a matéria da competência interna dos Tribunais era definida de forma mista, em uma interseção entre as leis federais e estaduais.

⁶⁶² CPC, Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

⁶⁶³ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 320; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 671.

⁶⁶⁴ LOMAN, Art. 101 - Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno. § 1º - Salvo nos casos de embargos infringentes ou de divergência, do julgamento das Câmaras ou Turmas, participarão apenas três dos seus membros, se maior o número de composição de umas ou outras. (...).

⁶⁶⁵ RITJRJ, Art. 40. (...) § 4º - No julgamento dos embargos infringentes cíveis e dos embargos infringentes e de nulidade de natureza criminal, o quorum será o do pleno do Órgão Julgador. (...) Art. 81 - As decisões serão sempre tomadas pela maioria dos votantes, colhendo-se o voto do Presidente apenas se for relator ou revisor, em caso de empate ou quando necessário para completar o quorum. § 1º - Tomar-se-ão pelo voto de 09 (nove) Desembargadores, contados a partir do relator, inclusive, as decisões da Seção Criminal; pelo de 05 (cinco), as das Câmaras nos embargos infringentes cíveis e nos embargos infringentes e de nulidades de natureza criminal; e pelo de 03 (três), as das Câmaras, nas demais matérias, observada em qualquer caso a ordem prevista no artigo 72, dispensada a manifestação dos Desembargadores que excederem o quorum. § 2º - Nos incidentes de uniformização da jurisprudência e no caso do art. 122, § 1º, não prevalecerá a limitação estabelecida para a Seção Criminal no § 1º deste artigo. § 3º - Se o Presidente tiver de votar, por estar vinculado ao processo, e em consequência se tornar par o número de julgadores, deixará de votar o vogal de menor antigüidade. § 4º - Na Seção Criminal e nas Câmaras Criminais e Cíveis, salvo necessidade de completar-se quorum mínimo para votação, destas não participará o Desembargador que tenha participado que tenha participado da decisão impugnada.

Com efeito, o papel conferido às leis estaduais – mais especificamente, leis estaduais de organização judiciária, segundo o art. 124 da Constituição então em vigor – era apenas de natureza supletiva, atuando quando a lei federal não disciplinasse desde logo, por exemplo, o número de julgadores que deveriam atuar no órgão colegiado. Como exemplo, citava o autor a disposição do Código de Processo Civil de 1939 que definia o julgamento da apelação e do agravo como necessariamente realizado por três julgadores, como se passa, hoje, com o referido art. 555, *caput*, do CPC/73. Nesse caso, segundo o autor, não caberia às leis estaduais fixar qualquer disciplina diversa. Porém, diante da omissão do legislador federal em dispor sobre o modo como deveria ser feito o julgamento dos embargos infringentes e do recurso de revista, caberia à lei estadual fazê-lo com margem de liberdade⁶⁶⁶.

Como visto no Capítulo 2, porém, a Constituição de 1988 conferiu nova dimensão ao domínio normativo do Regimento Interno dos Tribunais, explicitando a atribuição para dispor sobre “a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (CF, art. 96, I, ‘a’). Dentro de tal previsão se insere, como mencionado, a competência normativa para instituir regras específicas sobre o procedimento no campo dos recursos, desde que respeitadas as diretrizes gerais previstas na legislação federal, por força da referência ao “funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais”. Além disso, é também por força do art. 96, I, ‘a’, parte final, da CF, que compete exclusivamente ao Regimento Interno, na linha do que já se referiu ao tempo do exame do regime da distribuição, dispor sobre a competência de seus órgãos jurisdicionais. Neste cenário, e em razão principalmente desta última assertiva, somente o próprio Regimento Interno de cada Tribunal é que pode validamente instituir regras sobre a composição da turma julgadora de seus órgãos fracionários, sob pena de relegar à inefetividade a atribuição para dispor sobre as respectivas competências. Com efeito, seria por demais incoerente que a Constituição tivesse conferido ao Regimento Interno a criação e a extinção dos órgãos jurisdicionais que compõem o respectivo Tribunal, definindo-lhes a competência, sem que pudesse instituir regra para viabilizar *in concreto* o exercício de tal competência por cada órgão colegiado, necessariamente dependente da definição da turma julgadora a apreciar cada feito.

Assim, a composição da turma julgadora, como meio concreto de exercício da competência conferida ao órgão pelo Regimento Interno, é matéria exclusiva de Regimento Interno, padecendo de inconstitucionalidade formal os arts. 555, *caput*, do CPC e 101, § 1º, da LOMAN. Por conta disso, nada impede que norma regimental disponha de forma diversa do

⁶⁶⁶ MARQUES, José Frederico. *Organização judiciária e processo*, Revista de direito processual civil, ano I, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, p. 25-6.

que prevêm as referidas normas federais, estabelecendo a composição da turma julgadora para a apreciação dos recursos cíveis⁶⁶⁷.

Fixado o *número* de membros que devem compor a turma julgadora, há ainda regras que incidem sobre a definição de quais agentes devem necessariamente integrá-la. Prevê o art. 552, § 3º, do Código regra sobre a vinculação dos juízes que houverem lançado o “visto” nos autos⁶⁶⁸, cuja participação é obrigatória, sob pena de nulidade⁶⁶⁹. O “visto”, conforme assinalado anteriormente, representa a certificação de que foi realizado o estudo dos autos por determinado membro do órgão colegiado, e deve ser manifestado formalmente pelo relator e pelo revisor, segundo, respectivamente, os arts. 549, *caput*, parte final⁶⁷⁰, e 551, § 2º⁶⁷¹, do CPC. Contudo, a prevenção, nos Tribunais, é matéria também reservada ao domínio dos Regimentos Internos, de forma que o art. 552, § 3º, do CPC, não teria a força para, isoladamente, interferir na definição da turma julgadora dos órgãos colegiados. Ocorre, porém, que seu conteúdo é substancialmente repetido pelo art. 27 do RITJRJ, com sutil distinção: a bem da verdade, o relator se vê vinculado ao processo desde o momento em que ocorre a distribuição, como prevê, com razão, o *caput* do referido dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo a vinculação ao julgamento através do “visto” mais apropriada à figura do revisor⁶⁷². A regra geral da vinculação, de qualquer modo, é ressalvada apenas para os casos de força maior, a exemplo da superveniência de aposentadoria ou de moléstia grave que acarrete o afastamento por mais de sessenta dias, conforme o § 2º do art. 27 do RITJRJ.

⁶⁶⁷ Já havia assinalado para tal problema BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 672, que, ao comentar o citado art. 555, *caput*, do CPC, assevera: “A entender que a norma não subsiste, à luz do disposto no art. 96, nº I, a, 2ª parte, da Constituição da República de 1988, a disciplina da matéria será a constante do regimento interno, ao qual será lícito estender a outras hipóteses a regra dos três votos ou aumentar o número de votantes para alguma(s) delas – como parece aconselhável, v.g., no que tange aos embargos infringentes”.

⁶⁶⁸ CPC, Art. 552. (...) § 3º. Salvo caso de força maior, participará do julgamento do recurso o juiz que houver lançado o “visto” nos autos.

⁶⁶⁹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 762-3; e ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 306.

⁶⁷⁰ CPC, Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu “visto”.

⁶⁷¹ CPC, Art. 551. (...) § 2º O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento.

⁶⁷² RITJRJ, Art. 27 - A distribuição, exceto em habeas corpus, vinculará ao feito o relator sorteado ou designado: o “visto” vinculará o revisor. § 1º - A remoção do Órgão Julgador ou o afastamento do relator a qualquer título não acarretará a redistribuição automática dos feitos. § 2º - As partes interessadas poderão requerer a redistribuição dos feitos quando o afastamento do relator for superior a sessenta (60) dias ou, em caso de urgência, nos termos do artigo 116 da lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979). § 3º - A Presidência do Tribunal de Justiça publicará aviso aos interessados quando do afastamento de qualquer de seus membros por período superior a 60 (sessenta) dias, para os efeitos do § 2º, relacionando os processos que se encontram com o Desembargador relator afastado, observado o disposto no § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil. § 4º - Ocorrendo redistribuição haverá oportuna compensação quando do retorno do magistrado afastado.

A análise da composição da turma julgadora suscita, ainda, importantes questionamentos à luz das garantias da imparcialidade e da independência dos membros que compõe o colegiado. Em primeiro lugar, e como já mencionado no Capítulo 2 deste trabalho, grande parte das demandas por imparcialidade no exercício da jurisdição são manifestadas, no processo civil, através dos institutos do impedimento e da suspeição, regulados pelos arts. 134 e segs. do CPC/73. Tais disposições gerais, evidentemente, aplicam-se também à composição da turma julgadora do órgão recursal⁶⁷³, por força até mesmo da explicitação feita pelo art. 137 do Código⁶⁷⁴.

Em especial, dois dispositivos do CPC têm destinação específica voltada para o impedimento configurado nos Tribunais – e não só de segunda instância, ressalte-se. O primeiro deles, em estrita harmonia com o art. 128 da LOMAN⁶⁷⁵, consiste no art. 136 do Código, ao afirmar o impedimento decorrente de parentesco entre juízes que figurem no mesmo órgão colegiado, que, assim, não podem atuar na mesma causa⁶⁷⁶. Por certo, a teleologia que informa a regra consiste na busca, nos órgãos colegiados, pela diversidade de visões sobre o mesmo conflito de interesses, que seria sensivelmente fragilizada caso um dos membros estivesse sujeito à influência inerente à relação de parentesco com outro julgador. Desde o momento em que prolatadas decisões na qualidade de relator, ou quando proferido o voto como vogal, incidirá o óbice a que outro membro do colegiado, que guarde com o primeiro relação de parentesco, também participe do julgamento⁶⁷⁷.

Em segundo lugar, também se refere especificamente ao julgamento nos Tribunais o inc. III do art. 134 do CPC, ao vedar que atue, em sede recursal, juiz que haja conhecido da causa em primeiro grau, nela proferindo decisão ou sentença⁶⁷⁸. Em última análise, o que tal disposição consolida é a tradicional máxima de que “ninguém é bom juiz de si mesmo”, que rejeita a imparcialidade quando o julgador tem de avaliar, como um suposto terceiro (*alienità*), a correção dos atos por ele mesmo proferidos. Na realidade, a doutrina processual

⁶⁷³ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 439-440.

⁶⁷⁴ CPC, Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304).

⁶⁷⁵ LOMAN, Art. 128 - Nos Tribunais, não poderão ter assento na mesma Turma, Câmara ou Seção, cônjuges e parentes consangüíneos ou afins em linha reta, bem como em linha colateral até o terceiro grau. Parágrafo único - Nas sessões do Tribunal Pleno ou órgão que o substituir, onde houver, o primeiro dos membros mutuamente impedidos, que votar, excluirá a participação do outro no julgamento.

⁶⁷⁶ CPC, Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

⁶⁷⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 438.

⁶⁷⁸ CPC, Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; (...).

faz uso do termo *incompatibilidade* para designar essa especial relação entre o julgador e os atos anteriormente proferidos no processo, e que acaba por desvirtuar do ponto de vista objetivo a própria finalidade que subjaz aos recursos⁶⁷⁹. Com efeito, e como aponta Mauro Cappelletti, ao comentar a jurisprudência da Corte Constitucional italiana a respeito da cumulação de funções distintas pelo mesmo juiz em um processo, há um elemento psicológico que não pode ser ignorado quando se confere o poder de avaliar a correção do conteúdo de um ato judicial a quem o proferiu, mitigando o direito de influência das partes sobre o conteúdo do juízo de valoração, no recurso, sobre o ato atacado⁶⁸⁰.

Por certo, o referido art. 134, III, do CPC é suficientemente abrangente a ponto de abarcar as hipóteses de julgamento de recurso de apelação, tornando impedido o juiz, no Tribunal, que eventualmente tenha proferido decisão interlocutória ou sentença – mas não mero despacho, conforme ressalta a doutrina⁶⁸¹ – em primeiro grau. Passa-se algo diverso, porém, com relação ao julgamento de ações rescisórias e de embargos infringentes, tolerando-se que membros do Tribunal que tenham proferido a decisão atacada atuem novamente no julgamento da impugnação. A validade desta prática é supostamente amparada pela Súmula nº 252 do STF, de 1963, segundo a qual “*na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo*”.

Contudo, e conforme se extrai de pesquisa na jurisprudência da Corte Suprema, desde a década de 60 a referida súmula não é reafirmada em precedente de mérito do Supremo. Além disso, a leitura de um dos acórdãos que a embasaram, como o RE 66.149⁶⁸², revela que

⁶⁷⁹ AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 682-3: “Estas actividades incompatibles no pueden explicarse desde la habitual referencia a la imparcialidad, ni al pretendido ‘contacto’ con el objeto del proceso, ni a la metafórica ‘contaminación’. Desde luego el Haber conocido de la instancia no supone riesgo de que el juez, en el recurso, se convierta en parcial, en el sentido de poder poner su función jurisdiccional al servicio de los intereses de una de las partes, ni puede pretenderse con alguna lógica que esa circunstancia implique que el juez tenga interés, ni directo ni indirecto, en el recurso, en que este se resuelva favoreciendo o perjudicando a una de las partes. Estamos aquí ante el error de estimar que el haberse formado una opinión con base en la actividad propia del ejercicio de la función judicial, y el haberla expresado en una resolución, afecta a la imparcialidad. La incompatibilidad se deriva de que si el proceso se regula en la ley de modo tal que contra las sentencia que se dicte en la instancia cabe recurso de apelación, el que de esse recurso conozca el mismo juez que dictó la sentencia recurrida equivale a negar la virtualidad del recurso, y con ello a desconocer el derecho de la parte al mismo, derecho de rango fundamental una vez previsto en la ley. El fundamento de la abstención y de la recusación no es, ni puede ser, la imparcialidad, sino la incompatibilidad de funciones, entre actividades en un mismo proceso”.

⁶⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes em el proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974, p. 539. No mesmo sentido, cf. TARUFFO, Michele. *La cultura de la imparcialidade en los países de common law y de derecho continental*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 47-8, que se refere à existência de um “*confirmation bias*” no julgamento posterior.

⁶⁸¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 424.

⁶⁸² “AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO ESTAVA IMPEDIDO O DESEMBARGADOR QUE PARTICIPARA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ESTARIA, SE HOUVESSE PROFERIDO DECISÃO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. A LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO FOI CUMPRIDA E, AINDA QUE NÃO O FOSSE, CASO NÃO SERIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POR SE TRATAR DE LEI ESTADUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

o fundamento que preponderou para sua edição foi pragmático: àquela época, segundo o Min. Amaral Santos, “*tendo em vista a composição dos tribunais do País, um tribunal de pequenas proporções ficaria quase impedido de poder julgar as rescisórias*”. Basta um rápido olhar sobre a composição atual dos Tribunais de segundo grau do país, porém, que em alguns casos avultam às centenas, para que se constate que tal fundamento se encontra manifestamente defasado, sendo plenamente viável o julgamento de tais espécies de impugnações por órgão jurisdicional distinto, composto por outros julgadores. E, de qualquer modo, as exceções a tal possibilidade deveriam ser justificadas pontualmente, sem que, como ocorre à luz da referida súmula, sejam convertidas em verdadeira regra.

Ressalte-se que, a rigor, o desconforto com a situação de incompatibilidade em tais hipóteses é revelado por disposições legais e regimentais que fazem uso da ocorrência da mencionada incompatibilidade não para reconhecer a impossibilidade de participação no julgamento, como seria necessário à luz da garantia da imparcialidade *lato sensu* da jurisdição⁶⁸³, mas, ao contrário, apenas para impedir que ao membro que já tenha atuado na causa seja conferida a função de relator do feito, como se passa, ainda que com certa timidez, com o art. 534 do CPC⁶⁸⁴ e, em termos mais inflexíveis, com o art. 30 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁶⁸⁵.

Pois bem. Para controlar a observância das diversas hipóteses de quebra da imparcialidade, prevê o art. 25 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o dever de a Secretaria do Tribunal, previamente à distribuição pelo Vice-Presidente, certificar nos autos qualquer circunstância que possa acarretar o impedimento de um de seus membros⁶⁸⁶, prestando auxílio material para que, assim, seja evitada a distribuição equivocada, o que evidentemente não impede que, posteriormente, o vício seja descoberto quando antes não alertado. Nem sempre, porém, segundo a lição da doutrina e da jurisprudência, a constatação *a posteriori* da presença de um membro impedido no julgamento

SEM CABIMENTO” (RE 66149, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/1969, DJ 23-05-1969 PP-*****).

⁶⁸³ Nesse sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 663.

⁶⁸⁴ CPC, Art. 534. Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.

⁶⁸⁵ RITJRJ, Art. 30 - Não poderão servir como relator: I - o Presidente, o Corregedor-Geral de Justiça, os Vice-Presidentes, salvo nos processos em que já houverem lançado relatório e nos de competência do Conselho da Magistratura; II - nos recursos e nas ações rescisórias, salvo norma legal ou regimental em contrário, Desembargador que tiver proferido a decisão recorrida ou rescindenda, ou dela participado.

⁶⁸⁶ RITJRJ, Art. 25 - A Secretaria certificará nos autos, antes da conclusão para a distribuição, os nomes dos Juízes que tenham proferido ato decisório no processo, em primeiro grau de jurisdição, bem como, sempre que lhe constar, o impedimento de qualquer membro do Tribunal, ou a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo antecedente, ou no art. 33, § 1º, do Código de Organização e Divisão Judiciárias.

colegiado trará para o processo a consequência da nulidade. Com efeito, embora em matéria penal o regime seja substancialmente diverso⁶⁸⁷, afirma-se que, como decorrência do princípio da instrumentalidade das formas, apenas nas hipóteses em que restar devidamente caracterizado o prejuízo jurídico em razão da participação do membro impedido é que caberá falar em nulidade. Assim, assevera a doutrina não caber o pleito de invalidação caso o julgador vote vencido⁶⁸⁸, embora pareça questionável tal afirmação para os casos em que a manifestação do juiz impedido acabe por ensejar o cabimento de embargos infringentes. Tal raciocínio tem sido levado ao extremo de não reconhecer nulidade nas hipóteses em que o voto proferido pelo julgador não tenha sido *decisivo* para o resultado, como se passa na votação unânime em que apenas um votante estivesse impedido⁶⁸⁹, muito embora com isso se renegue qualquer relevância para a influência que exercem uns sobre os outros, na deliberação, os membros do colegiado⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Conforme noticiado no Informativo nº 611 do STF, na esfera penal até mesmo o exercício da presidência do órgão colegiado por membro impedido, que, à primeira vista, não traria reflexos diretos sobre o teor dos votos, é capaz de ensejar a nulidade do julgamento, já que se trata, segundo o entendeu o STF, de presunção absoluta de prejuízo. Confira-se a notícia do julgamento: “INFO STF nº 611. Há prejuízo quando o magistrado preside sessão de julgamento de recurso penal no qual estava impedido de atuar. Com base nesse entendimento, a 2ª Turma deferiu habeas corpus no qual se pleiteava — sob o argumento de que o Presidente da Câmara julgadora seria pai da promotora de Justiça que atuara na ação penal em 1º grau — a nulidade de julgamento, realizado no Tribunal de Justiça estadual, de recurso em sentido estrito em que determinada a prisão preventiva do paciente. Na espécie, o juiz processante não acolhera o pedido de prisão formulado pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, decisão contra a qual a acusação recorreu. Ressaltou-se a gravidade da participação de um juiz impedido no julgamento de qualquer causa, notadamente de uma de índole penal. Aduziu-se que a própria doutrina ao tratar de suspeição, defeito menos grave do que o impedimento, afirmaria que, reconhecida a suspeição de magistrado, haveria nulidade absoluta, sendo desnecessária a comprovação de prejuízo (CP, art. 566). Reputou-se haver presunção de prejuízo formulada pelo próprio legislador, apesar de inexistir referência expressa ao impedimento, a causar a nulidade do processo. Observou-se que, em matéria de processo civil, a suspeição não tornaria rescindível uma sentença de mérito, mas o impedimento seria motivo de rescindibilidade de julgado, por lhe ser ínsita a noção de prejuízo absoluto. Ressaltou-se ser de ordem pública a matéria que cuidaria de impedimento. Consignou-se que, especialmente em virtude de presunção absoluta, seria secundário saber se o voto do Presidente influiria, ou não, no julgamento do recurso. Asseverou-se que, ademais, o juízo responsável pela condução do procedimento penal do Júri, ao rejeitar o pleito ministerial, oferecera razões que se ajustariam à orientação da jurisprudência do STF. O Min. Gilmar Mendes frisou que o órgão julgador em questão não estaria devidamente composto nos termos do princípio do juiz natural. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que denegava o writ, por entender não ter ocorrido o exercício de jurisdição por parte do magistrado, o qual teria se limitado a exercer a presidência da Câmara julgadora do recurso. [HC 102965/RJ, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/o acórdão Min. Celso de Mello, 30.11.2010, \(HC-102965\)](#)”.

⁶⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 123, em combinação com o que se afirma à p. 124 da obra referida.

⁶⁸⁹ Foi o que decidiu, em sede de embargos de divergência, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. NULIDADE DO JULGAMENTO EM VIRTUDE DA PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO IMPEDIDO. DESNECESSIDADE. VOTO NÃO DETERMINANTE PARA A APURAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO PROVIDO. 1. A participação de Ministro impedido em julgamento em órgão colegiado não anula o julgado se o seu voto não tiver sido decisivo para o resultado. 2. Embargos de divergência não provido” (EResp 1008792/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/02/2011, DJe 29/04/2011).

⁶⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 123: “Tampouco é necessário, por outro lado, que o voto do juiz infrator haja sido numericamente *decisivo* para a apuração do resultado: ainda que o desfecho houvesse de permanecer o mesmo, feita abstração desse voto, subsiste sempre a possibilidade de ter ele influenciado outros membros do órgão, de modo que todo o julgamento fica, por assim dizer, contaminado pelo vício”.

De outro lado, um ponto sensível na atual estrutura do Poder Judiciário brasileiro, e que repercute diretamente na razão subjacente ao julgamento colegiado de *assegurar maior independência aos julgadores*, fragilizando-a, consiste na figura do juiz convocado nos Tribunais, que muitas vezes integra a turma julgadora para atuar quando os desembargadores, por qualquer motivo, não possam fazê-lo. Como visto com mais vagar no Capítulo 2 deste trabalho, a garantia da independência não trata da relação entre o juiz e uma das partes em conflito, ou entre ele e o objeto do litígio, como se passa com a garantia da imparcialidade em sentido estrito, mas sim da proteção do julgador, de forma geral, contra represálias pelo conteúdo de suas decisões. Um juiz, como já havia afirmado Couture, não pode ser dependente na ordem material, na ordem moral ou na ordem funcional do conteúdo de suas decisões⁶⁹¹. Para assegurar a realização prática do valor da independência, assim, são relevantes não apenas as formas de provimento originário dos cargos da magistratura, mas também o regime das nomeações sucessivas no curso da carreira do juiz⁶⁹², que, conforme as regras aplicáveis, podem acabar por submeter o magistrado aos desígnos daqueles em cujo poder se encontra a decisão sobre a ascensão na carreira.

Muitas críticas já foram feitas à figura do juiz convocado nos Tribunais sob o ângulo da garantia do juiz natural. Afirma-se, com efeito, a ausência de critérios objetivos para a convocação de tal ou qual magistrado de primeira instância para a participação no julgamento colegiado, o que ensejaria a instituição de juízes *ad hoc*⁶⁹³. Embora tenha encontrado eco inicial em precedentes dos Tribunais Superiores o argumento de nulidade, notadamente quando composto o órgão colegiado majoritariamente por juízes convocados⁶⁹⁴,

⁶⁹¹ COUTURE, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 87.

⁶⁹² COUTURE, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 88, afirmando que “lo que es necesario asegurar en materia de designación de jueces, no es tanto un régimen de independencia en cuanto al *nombramiento inicial* sino en cuanto a los *nombramientos sucesivos*. No es tanto un problema de ingreso al servicio, como de continuidad, Ascenso y progreso en el servicio. El problema político de los jueces no es tanto el problema de su nombramiento, como el problema de su promoción”. No mesmo sentido, AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudência del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 663, para quem, segundo a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, a garantia da independência exige um teste de validade quanto ao modo de designação e à duração dos mandatos dos membros de determinado Tribunal.

⁶⁹³ GRECO, Leonardo. *Garantías fundamentales do processo: o processo justo*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 240.

⁶⁹⁴ “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO TENTADO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA. IMPROVIMENTO. ÓRGÃO COLEGIADO. COMPOSIÇÃO MAJORITÁRIA POR JUÍZES CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PRECEDENTES. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. 1. Embora não exista impedimento à convocação, autorizada por lei complementar estadual, de Juízes de primeiro grau para compor órgão julgador do Tribunal de Justiça, não pode o órgão revisor ser formado majoritariamente por Juízes convocados, sob pena de violação ao princípio do Juiz Natural. 2. É dos Desembargadores titulares a jurisdição sobre os recursos criminais de competência do Tribunal de Justiça Estadual.

posteriormente o Supremo Tribunal Federal veio a rejeitá-lo categoricamente, em julgado do Pleno da Suprema Corte no ano de 2010 em matéria penal⁶⁹⁵. Em última análise, assim, desde que a convocação observe os critérios objetivos fixados na LOMAN⁶⁹⁶ e na Resolução nº 72/2009 do Conselho Nacional de Justiça⁶⁹⁷, reputa-se inexistente a arbitrariedade que ensejaria a violação à garantia do juiz natural.

A Constituição Federal admite a composição de órgão revisor formado por Juízes de primeiro grau somente para o julgamento dos recursos que versarem sobre crimes de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, de competência da Turma Recursal dos Juizados Especiais. 3. Como o Paciente já cumpriu toda a pena corporal imposta pelo acórdão, preso cautelarmente, deve lhe ser concedido alvará de soltura, diante do evidente excesso de prazo na formação da culpa decorrente da anulação do julgamento do apelo defensivo que ora se consolida. 4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Ordem concedida para anular o julgamento do recurso de apelação, determinando novo julgamento por Câmara composta majoritariamente por Desembargadores titulares, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, se por outro motivo não estiver preso, para que possa aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade” (HC 98.796/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2008, DJe 02/06/2008).

⁶⁹⁵ “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULGAMENTO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP. II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial. III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente. IV - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. V - Ordem denegada” (HC 96821, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00319 LEXSTF v. 32, n. 380, 2010, p. 295-321).

⁶⁹⁶ LOMAN Art. 107 - É vedada a convocação ou designação de Juiz para exercer cargo ou função nos Tribunais, ressalvada a substituição ocasional de seus integrantes (art. 118). (...) Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juízes, em Substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial: § 1º - A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre: I - os Juízes Federais, para o Tribunal Federal de Recursos; II - o Corregedor e Juízes Auditores para a substituição de Ministro togado do Superior Tribunal Militar; III - Os Juízes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juízes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo; IV - os Juízes de Direito do Distrito Federal, para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; V - os Juízes Presidentes de Junta de Conciliação ou Julgamento da sede da Região para os Tribunais Regionais do Trabalho. § 2º - Não poderão ser convocados Juízes punidos com as penas previstas no art. 42, I, II, III e IV, nem os que estejam respondendo ao procedimento previsto no art. 27. § 3º - A convocação de Juiz de Tribunal do Trabalho, para substituir Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, obedecerá o disposto neste artigo. § 4º Em nenhuma hipótese, salvo vacância do cargo, haverá redistribuição de processos aos Juízes convocados.

⁶⁹⁷ CNJ, RESOLUÇÃO Nº 72, DE 31 DE MARÇO DE 2009, Dispõe sobre a convocação de juízes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito dos Tribunais estaduais e federais. Art. 1º. A convocação de juízes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito dos tribunais estaduais ou federais obedecerá às regras e disposições previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979), na lei federal especial e nas disposições constitucionais e legais estaduais específicas, bem assim o disposto nesta resolução. Art. 2º. A atuação de juízes de primeiro grau em segunda instância poderá decorrer: I - do exercício do cargo de juiz substituto em segundo grau, de acordo com previsão legal específica, cujo provimento respeite as exigências constitucionais correspondentes; II - da convocação para fins de substituição, de acordo com o art. 118 da LOMAN; III - da convocação para fins de auxílio; Art. 3º. Os juízes de primeiro grau substitutos de segundo grau, onde houver, deverão estar alocados em quadro ou classe especial da última entrância e nele providos por critérios objetivos previstos na lei local, e serão convocados para substituição ou auxílio em órgão julgador de segundo grau. Art. 4º. A convocação de juízes de primeiro grau para substituição nos Tribunais poderá ocorrer nos casos de vaga ou afastamento por qualquer motivo de membro do Tribunal, em prazo superior a 30 dias, e somente para o exercício de atividade jurisdicional. Parágrafo 1º. Aos juízes convocados serão destinados o gabinete e a assessoria do desembargador ou juiz de segundo grau substituído. Parágrafo 2º. Encerrado o período de convocação, os processos em poder do juiz convocado serão conclusos ao desembargador ou juiz de segundo grau substituído, ressalvados aqueles em que haja lançado o relatório ou que tenham sido incluídos em pauta de julgamento. Parágrafo 3º. Não se admitirá convocação para substituição em função jurisdicional de Desembargadores que exerçam cargos de direção nos Tribunais. Art. 5º. A convocação de juízes de primeiro grau para auxílio a tribunais e juízes de segundo grau ou desembargadores, dar-se-á sempre em caráter excepcional e quando o justificado acúmulo de serviço o exigir. Parágrafo 1º: A convocação de juízes de

Na realidade, contudo, o maior vício garantístico da figura do juiz convocado reside não no princípio do juiz natural, que é em grande medida satisfeito pelo referido balizamento do ato de designação, mas sim na *garantia da independência do julgador*, sensivelmente fragilizada pela dinâmica de interação na estrutura hierárquica do Poder Judiciário⁶⁹⁸. Com efeito, o comportamento assumido por um juiz convocado no colegiado é diretamente influenciado pela perspectiva de promoção *por mérito*, por definição dependente do juízo que, a seu respeito, façam os membros efetivos do Tribunal. Assim, e por ser o juiz, como todo e qualquer ser humano, um agente público com aspirações funcionais, é natural que, em tais condições, fique ele submetido com mais facilidade às pressões dos demais membros quanto à orientação a ser seguida em determinada votação, pois serão estes últimos que votarão para

primeiro grau para auxílio a tribunais e juízes de segundo grau ou desembargadores será para o exercício de atividade jurisdicional ou administrativa, restrita nesta situação ao auxílio à Presidência, Vice-Presidência ou Corregedoria do Tribunal. Parágrafo 2º: A convocação para auxílio dar-se-á em caráter excepcional quando o imprevisível ou justificado acúmulo de serviço o exigir, ou quando outra circunstância impedir o exercício regular das atividades do Tribunal. Parágrafo 3º: O acúmulo de serviço é reconhecido sempre que a quantidade média de distribuição de feitos no tribunal superar a capacidade média de julgamento de todos os seus membros e assim se conservar por seis (6) meses. Parágrafo 4º: A convocação dos juízes que não ostentem a condição legal de substitutos de segundo grau não excederá de um (1) ano, podendo ser prorrogada uma vez, caso persista o caráter excepcional que a ocasionou. Art. 6º Os juízes de primeiro grau convocados para exercer função de substituição ou auxílio nos tribunais receberão, exclusivamente, a diferença de remuneração para o cargo de Desembargador. Art. 7º. Quando expressamente autorizados por lei federal ou estadual própria, poderão ser convocados para substituição ou auxílio em segundo grau juízes integrantes da classe ou quadro especial de juízes substitutos de segundo grau quando houver, ou integrantes da entrância final ou única e titulares de juízos ou varas, e que preencham os requisitos constitucionais e legais exigidos para ocupar o respectivo cargo. Parágrafo 1º. Os Tribunais disciplinarão regimentalmente os critérios e requisitos para a indicação ou eleição de juízes de primeiro grau a serem convocados, observado o seguinte: a - não poderão ser convocados os juízes de primeiro grau que acumulem qualquer outra atribuição jurisdicional ou administrativa como serviço eleitoral, administração do foro, turma recursal, coordenação de juizados especiais ou de infância e juventude. b - não poderão ser convocados juízes de primeiro grau em número excedente de 10 % dos juízes titulares de vara na mesma comarca, seção ou subseção judiciária, nelas sempre mantida a presença e exercício de juiz substituto ou em substituição por todo o período de convocação do titular. c - Não será convocado o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-lo ao cartório sem o devido despacho ou decisão. Parágrafo 2º. Os juízes convocados ficam afastados da jurisdição de suas respectivas unidades durante todo o período de convocação e não poderão aceitar ou exercer outro encargo jurisdicional ou administrativo. Art. 8º. Cabe aos Corregedores dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais opinar conclusivamente nos processos de convocação de juízes de primeiro grau para auxílio em segundo grau, os quais serão definitivamente apreciados pelo plenário ou órgão especial respectivo mediante distribuição a um relator que não será o seu presidente ou corregedor. Art. 9º. A Presidência dos Tribunais, excepcionalmente e observados os critérios desta Resolução, poderá convocar, observados os critérios desta resolução, até dois (2) juízes para auxílio aos trabalhos da Presidência e até dois (2) para a Vice-presidência, respectivamente. Parágrafo 1º. Nos Tribunais com mais de trezentos (300) juízes, a convocação de que trata o caput em número acima do limite estabelecido deverá ser justificada e submetida ao controle e referendo do Conselho Nacional de Justiça. Parágrafo 2º. A Corregedoria-Geral junto aos Tribunais poderá solicitar a convocação de juízes de primeiro grau em auxílio aos seus trabalhos correicionais, sendo um (1) para cada cem (100) juízes efetivos em exercício no Estado ou região sob sua jurisdição, devendo ser expressamente justificada e submetida ao referendo do CNJ quando exceder de 6 juízes. Art. 10. As Câmaras ou Turmas dos Tribunais deverão ser formadas com maioria de desembargadores titulares e por um deles presidida, todos atuando como relator, revisor ou vogal. Parágrafo único. Os juízes de primeiro grau convocados e os juízes substitutos em segundo grau designados integrarão as câmaras ou turmas para as quais forem destinados. Art. 11. Casos e situações especiais ou que mereçam tratamento diferenciado poderão ser objeto de disciplina própria pelos respectivos tribunais estaduais ou federais, a qual só valerá após o referendo do plenário do Conselho Nacional de Justiça, ouvida a Corregedoria Nacional. Art. 12. A convocação de juízes para auxílio a Tribunais Superiores será disciplinada pelo respectivo regimento interno. Parágrafo único. As Corregedorias junto a Tribunais Superiores poderão convocar juízes, de acordo com as suas necessidades na forma de ato próprio. Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, devendo os tribunais adaptar seus regimentos internos com a observância de suas regras no prazo de noventa (90) dias. Brasília, 31 de março de 2009”.

⁶⁹⁸ Os riscos de agressões à independência por conta da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, pela relação entre os membros que o compõem, são ressaltados por FISS, Owen. *The limits of judicial independence*, Miami Inter-American Law Review, vol. 25:1, 1993, p. 58-9.

que o convocado, no futuro, figure ou não na lista de promoção, na linha do que já havia assinalado autorizada voz na doutrina processual⁶⁹⁹. Ora, nestas circunstâncias, em que o futuro funcional do juiz se vê em xeque pelo conteúdo de suas decisões, fica clara a ausência de condições materiais para o respeito à garantia institucional da independência do julgador, e, por decorrência, da razão subjacente à colegialidade de *reforçar a independência dos membros* que compõem o órgão recursal, não sendo viável supor que o magistrado convocado venha a atuar com a isenção que lhe permitiria formar um juízo independente e seguro sobre a causa, no que se incluiria, possivelmente, a divergência com a orientação predominante no Tribunal.

3.6.2. O julgamento colegiado e a publicidade processual

Uma vez realizada a sustentação oral, tem início a deliberação colegiada propriamente dita. Consiste ela, como já se mencionou, na conjugação (i) do debate entre os membros do órgão recursal com (ii) a prolação dos votos de cada qual sobre o tema examinado.

A organização dos trabalhos, tanto nesse como nos demais momentos do julgamento colegiado, cabe ao Presidente do órgão⁷⁰⁰. Compete a ele dar a palavra ao relator para que se manifeste inicialmente sobre o feito, proferindo voto, após o que se seguirão os votos de eventual revisor e do(s) vogal(is)⁷⁰¹. Como medida de urbanidade, é também tarefa do Presidente autorizar eventuais manifestações extemporâneas dos julgadores, nos casos em que, no decorrer da votação, seja necessário prestar algum esclarecimento ou adendo às razões já expostas ao tempo em que proferido o voto⁷⁰².

⁶⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 84, que, ao tratar da influência que exercem uns sobre os outros os membros do colegiado, indaga: “Caso especialíssimo – porém de jeito nenhum despidendo – é o de magistrado que ainda não integre o órgão, mas aspire a integrá-lo e, nesse ínterim, seja convocado para nele temporariamente atuar; porventura jamais o influenciara o temor de ficar ‘mal visto’ se divergir da maioria (ou de todo o resto) do colegiado, correndo por isso o risco de não entrar na próxima lista para promoção por merecimento?”.

⁷⁰⁰ RITJRJ, Art. 58 - O Presidente da sessão manterá a disciplina no recinto, advertindo ou fazendo retirar da sala quem perturbar os trabalhos, mandando prender e atuar, pela autoridade competente, os que cometerem crime ou contravenção no local.

⁷⁰¹ RITJRJ, Art.72 - Concluídos os debates, proferirão seus votos o relator, o revisor, se houver, e os vogais que se seguirem àquele ou a este, na ordem decrescente de antigüidade, salvo o disposto no art. 76, § 1º, e no art. 119, § 3º. Parágrafo único - Os vogais que estiverem de acordo com o voto e a fundamentação do relator, do revisor ou do primeiro voto vencido poderão se limitar a declarar a sua concordância, a menos que regra especial lhes imponha fundamentar seus votos.

⁷⁰² RITJRJ, Art. 71 - Em qualquer fase do julgamento, posterior ao relatório e à sustentação oral, poderão os julgadores pedir esclarecimentos ao relator, ao revisor e aos advogados dos litigantes, quando presentes, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate. § 1º - Depois de haver votado, o julgador somente poderá voltar a falar a fim de esclarecer,

O Código de Processo Civil enumera regras voltadas ao seqüenciamento das questões a serem apreciadas na deliberação colegiada. Afirma o art. 560, inicialmente, a precedência necessária das questões preliminares sobre o mérito do recurso, eis que o conhecimento deste se mostra dependente da superação daquelas⁷⁰³. Coerentemente, o art. 561 do Código dispõe sobre a consequência da rejeição das preliminares, hipótese em que a deliberação tem de prosseguir no que toca à matéria principal, votando também sobre esta quem porventura tenha restado vencido no que concerne à preliminar⁷⁰⁴. Para que não sejam contadas quantidades heterogêneas, é imprescindível, como assevera a doutrina, que quanto a cada uma das preliminares, quanto a cada parte do pedido e a cada causa de pedir – não, porém, quanto a cada *questão de direito*, ressalte-se – sejam os votos colhidos separadamente⁷⁰⁵, como dispõe o art. 82, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷⁰⁶. Mais uma vez, também nesse ponto é de grande relevo a figura do Presidente do órgão colegiado, a quem cabe a indicação de quais matérias estão sendo submetidas ordenadamente à deliberação da turma julgadora⁷⁰⁷. Como já apontado acima, não pode ser afastada inclusive a possibilidade de que, no curso da deliberação, com a suscitação de fundamento jurídico novo por um dos vogais, em típico caso de decisão de “terceira via”, seja aberta a oportunidade para que os advogados das partes se manifestem oralmente na sessão a seu respeito, legitimando a decisão sob o ângulo da garantia fundamental do contraditório.

Ainda neste tema, disciplina o Código a hipótese de um dos membros do colegiado⁷⁰⁸ “pedir vista” dos autos do processo, para que os estude com mais vagar em seu gabinete, e com isso suspendendo o curso da deliberação. A bem da verdade, o cuidado dedicado ao tema

aditar ou modificar o seu voto, sempre, porém, mediante a concessão da palavra pelo Presidente. § 2º - Nenhum julgador poderá interromper outro que estiver com a palavra, a não ser que este o permita, devendo a interrupção ser breve.

⁷⁰³ CPC, Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.

⁷⁰⁴ CPC, Art. 561. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar.

⁷⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 672.

⁷⁰⁶ RITJRI, Art. 82 - Computar-se-ão separadamente os votos com relação a cada uma das questões preliminares ou prejudiciais, e, no mérito, quanto a cada parte do pedido e a cada causa de pedir, se mais de uma houver. Parágrafo único - Divergindo os julgadores no tocante às razões de decidir, sem que ocorra qualquer das hipóteses previstas no caput, mas convergindo na conclusão, os votos serão computados conjuntamente, assegurado aos diversos votantes o direito de declarar em separado as razões do seu voto.

⁷⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 84.

⁷⁰⁸ Inclusive o relator, como aponta FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 765-6.

pela lei processual consiste mais na observância da garantia da duração razoável do processo, fixando prazo limite, ainda que de natureza imprópria, para a devolução dos autos para a continuidade do julgamento: tem de ser retomada a deliberação, segundo a redação conferida pela Lei nº 11.280/06 aos §§ 2º e 3º do art. 555 do CPC, e ressalvado a hipótese de prorrogação, na primeira sessão ordinária subsequente ao término do prazo de dez dias para a devolução dos autos à Secretaria do órgão⁷⁰⁹. No mais, a matéria se encontra regida por disposição regimental, como se passa com os arts. 74 a 77 do RITJRJ⁷¹⁰.

Pois bem. Já foi afirmado, neste Capítulo, que a instituição de um órgão colegiado para julgamento de recursos traz a consequência necessária de erigir a atividade de deliberação à condição de uma etapa formal do procedimento recursal. Com efeito, se a impugnação fosse decidida exclusivamente por um único julgador, monocraticamente, o estudo da formação do raciocínio judicial caberia mais à psicologia judiciária do que ao direito processual, que se satisfaz com a publicidade do teor da decisão *a posteriori*, quando já exposta com o raciocínio de justificação que consta da fundamentação do julgado. Quando, porém, determina-se o julgamento colegiado dos recursos, a pluralidade de membros impõe um contato intersubjetivo para que seja alcançada a opinião prevalecente dentre as possíveis, de forma que a deliberação colegiada passa a se situar em um momento próprio do procedimento recursal.

Tal momento, que em verdade congrega o debate entre os julgadores e a prolação dos votos, pode ser submetido, no plano teórico, a dois regimes formais: o primeiro, de *deliberação pública*, em que a discussão entre os membros e a votação ocorre diante de

⁷⁰⁹ CPC, Art. 555. (...) § 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta. § 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.

⁷¹⁰ RITJRJ, Art.74 - Na sessão em que se iniciar o julgamento, qualquer dos julgadores poderá pedir vista dos autos. Parágrafo único - O pedido de vista suspenderá a conclusão do julgamento; não obstará, porém, a que profira desde logo o seu voto qualquer julgador que se considere habilitado a fazê-lo. Art.75 - O julgador que houver pedido vista restituirá os autos dentro de 10 (dez) dias, a contar da data do pedido. Esgotado o prazo sem restituição dos autos, caducará o pedido de vista, devendo o julgamento prosseguir na primeira sessão subsequente, inclusive se suspenso o prazo pela superveniência de férias. Caso necessário, o Presidente requisitará os autos, por § 1º - Se 02 (dois) ou mais julgadores pedirem vista dos autos, o prazo de que trata este artigo ficará prorrogado, para cada pedido, por mais 05 (cinco) dias, findos os quais se procederá na forma prevista no caput. § 2º - O Secretário providenciará a entrega dos autos a quem houver pedido vista, com a urgência necessária para que não se prejudique a fluência dos prazos. Art.76 - O julgamento suspenso em virtude do pedido de vista prosseguirá, sempre que possível, no início da sessão subsequente. § 1º - Na continuação do julgamento, votarão em primeiro lugar aqueles que houverem pedido vista, na ordem dos pedidos; em seguida, os julgadores que a aguardavam, na ordem decrescente de antigüidade. § 2º - O Desembargador que houver pedido vista votará, se comparecer à sessão em que o julgamento prosseguir, mesmo que esteja afastado do exercício no Órgão Julgador ou tenha deixado de integrá-lo. Art. 77 - Ao Desembargador que houver pedido vista dos autos será lícito, na sessão em que prosseguir o julgamento, requerer a conversão deste em diligência ou pedir a requisição de outros autos. Parágrafo único - Aprovado o requerimento, o Desembargador restituirá definitivamente os autos dentro de 10 (dez) dias após recebê-los, uma vez cumprida a diligência, aplicando-se, se for o caso, o disposto no caput do art. 75, e voltando os autos, em seguida, ao relator e, se houver, ao revisor.

qualquer pessoa que compareça à sede do Tribunal, e o segundo, de *deliberação secreta*, caracterizado pela permissão à presença apenas dos próprios julgadores e de eventuais serventuários da Justiça. Vigora, no direito brasileiro, o sistema de deliberação pública, ocorrendo a portas abertas tanto o debate entre os membros do colegiado quanto a votação, e isso nas mais diversas instâncias da hierarquia judiciária, chegando-se ao extremo do telejulgamento em tempo real das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal. Já em outros países é acolhida a regra oposta, conferindo-se publicidade apenas à exposição oral das partes e, posteriormente, à proclamação do resultado em sessão, sem que o ato de deliberação seja presenciável pelos advogados ou por qualquer pessoa estranha à turma julgadora.

Sendo a deliberação colegiada o ato culminante do procedimento recursal ordinário, parece natural que a adoção de um ou outro regime formal quanto à publicidade acarrete impactos distintos sobre as razões subjacentes à colegialidade, influenciando a *cognição* exercida, a *independência* dos membros do órgão e, ainda, a medida da *contenção do arbítrio* dos julgadores. Justamente por isso, e levando também em conta as tentativas formais e veladas de alteração do regime processual brasileiro na matéria, a serem comentadas a seguir, mostra-se pertinente fazer breve reflexão a respeito do tema no presente item, a fim de dimensionar de forma tão precisa quanto possível o modo como a garantia fundamental da publicidade, quando relacionada ao debate e à votação nos Tribunais, interfere nas virtudes do julgamento colegiado.

Embora já tenha sido reputado contrário à evolução do processo civil segundo os ideais liberais e democráticos⁷¹¹, o sistema de segredo na deliberação é comumente encontrado nos países da Europa continental⁷¹², tendo origem, segundo se afirma, na Constituição francesa de 1795, na era pós-revolucionária⁷¹³. São secretos, com efeito, o debate e a votação nos julgamentos colegiados na Alemanha⁷¹⁴. Dispõem da mesma forma o Código de Processo Civil português, em seu art. 653, nº 1⁷¹⁵, e o Código de Processo Civil em

⁷¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Ideologias en el derecho procesal*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974, p. 25-6.

⁷¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematru XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 83.

⁷¹³ ABDU, Helena. *Mídia e processo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 42, embora nos primeiros momentos do movimento revolucionário tenha sido instituída a regra da publicidade como forma de controle popular sobre os juízes, conforme expõe GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Bushatsky, 1975, p. 131.

⁷¹⁴ MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004, p. 332, que afirma: "Deliberations and votes are conducted in secret".

⁷¹⁵ CPC Português, ARTIGO 653.º Julgamento da matéria de facto. 1 - Encerrada a discussão, o tribunal recolhe à sala das conferências para decidir; se não se julgar suficientemente esclarecido, pode voltar à sala da audiência, ouvir as pessoas que entender e ordenar mesmo as diligências necessárias. (...).

vigor na França, no art. 448⁷¹⁶. É, ainda, a orientação perfilhada pela Itália, de acordo com o art. 276, primeira parte, do Código de Processo Civil italiano⁷¹⁷. Neste último país, também a deliberação da Corte Constitucional ocorre sem publicidade, realizando-se, de regra, duas reuniões, voltadas para a discussão da causa e, posteriormente, para a aprovação da versão definitiva do texto da decisão com a exposição dos fundamentos⁷¹⁸. Na realidade, como esclarece a doutrina, o regime legal da deliberação na Corte Constitucional institui a regra como sendo a deliberação aberta ao público, mas a evolução jurisprudencial fez com que fossem ampliadas as exceções a tal ponto que, atualmente, seja muito mais expressivo o número de casos apreciados em reuniões a portas fechadas⁷¹⁹. É também secreta a deliberação ocorrida nos Tribunais de segunda instância do Judiciário federal norteamericano⁷²⁰ e, ainda, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na qual há publicidade apenas na oitiva da exposição oral pelos advogados e na proclamação do resultado do julgamento⁷²¹. Por fim, de acordo com o Novo Código de Processo Civil da Suíça, cabe a cada Cantão definir se a deliberação colegiada será realizada de forma pública ou se, ao contrário, será realizada a portas fechadas, como dispõe o art. 54, 2, do diploma federal⁷²², o que revela a autorização para a existência de deliberações secretas.

Já o sistema de publicidade na deliberação vigora no Brasil desde a criação do Supremo Tribunal de Justiça do Império, segundo o art. 13 da Lei de 18 de agosto de 1828,

⁷¹⁶ CPC Francês, Art. 448. Les délibérations des juges sont secrètes.

⁷¹⁷ CPC Italiano, Art. 276. (Deliberazione) La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio. Ad essa possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione. Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, quindi l'altro giudice e infine il presidente. Se intorno a una questione si prospettano più soluzioni e non si forma la maggioranza alla prima votazione, il presidente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così successivamente finchè le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva. Chiusa la votazione, il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è quindi stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice.

⁷¹⁸ ROMBOLI, Roberto. *La tipologia de las decisions de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Ano 16, nº 48, 1996, p. 44.

⁷¹⁹ ROMBOLI, Roberto. *La tipologia de las decisions de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Ano 16, nº 48, 1996, p. 45.

⁷²⁰ Conforme relatam CASTANIAS, Gregory A., e KLONOFF, Robert. H. *Federal appellate practice and procedure in a nutshell*, Thomson West Ed., 2008, p. 294.

⁷²¹ Conforme expõem dois, em doutrina, dois ilustres membros daquele Tribunal: POWELL JR., Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O'Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 109; e REHNQUIST, William H. *The Supreme Court's conference*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O'Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 113.

⁷²² CPC Suíço, Art. 54. Principe de publicité – 1 - Les débats et une éventuelle communication orale du jugement sont publics. Les décisions doivent être accessibles au public. 2 - Le droit cantonal détermine si les délibérations sont publiques. 3 - Le huis clos total ou partiel peut être ordonné lorsque l'intérêt public ou un intérêt digne de protection de l'un des participants à la procédure l'exige. 4 – Les procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques.

que se referia ao julgamento “a portas abertas”⁷²³. No atual sistema processual, os votos são proferidos publicamente na sessão como uma decorrência do que prevêem os arts. 555, §§ 2º e 3º, e 556, *caput*, do Código de Processo⁷²⁴, que, em seus textos, aludem à prolação dos votos imediatamente após a sustentação oral e a exposição da causa pelo relator, na linha do que dispõe o já mencionado art. 72 do RITJRJ⁷²⁵.

Cada um desses sistemas promove vantagens e atrai, por consequência, desvantagens colaterais sobre a mecânica da deliberação. A primeira consequência da deliberação secreta sobre a colegialidade consiste em assegurar em grau elevado a *independência* dos magistrados. Com efeito, a ausência do auditório no momento em que ocorre o debate e a votação torna mais dificultoso o exercício de pressões externas sobre os julgadores⁷²⁶, a exemplo de manifestações populares e de ativistas de variados setores da sociedade. Assim, e como ressalta a doutrina, o julgador se vê livre de sentimentos que lhe forçariam a se inclinar por posição diversa da que espontaneamente aderiria, como o temor de vingança, o desejo de não desagradar a amigos, a autoridades administrativas, a magistrados de hierarquia superior ou a partidos políticos⁷²⁷. Embora seja relevante, neste ponto, também o regime da divulgação ou não de votos vencidos, não se pode ignorar que tais fatores incrementam a garantia da independência dos juízes, já que mitigam a perspectiva de que sejam afetados pelo conteúdo de suas manifestações no curso da votação.

Por outro lado, a deliberação secreta também afasta a suscetibilidade dos julgadores à tentação – não mais sob pressão, já mencionada acima, mas sim espontânea – de atuar buscando a preservação de sua imagem pública diante do auditório que acompanha o

⁷²³ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 306.

⁷²⁴ CPC, Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (...) § 2º Não se considerando habilitado a *proferir imediatamente seu voto*, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta. § 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e *reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente*, com publicação em pauta. Art. 556. *Proferidos os votos*, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

⁷²⁵ RITJRJ, Art. 72 - Concluídos os debates, proferirão seus votos o relator, o revisor, se houver, e os vogais que se seguirem àquele ou a este, na ordem decrescente de antigüidade, salvo o disposto no art. 76, § 1º, e no art. 119, § 3º. Parágrafo único - Os vogais que estiverem de acordo com o voto e a fundamentação do relator, do revisor ou do primeiro voto vencido poderão se limitar a declarar a sua concordância, a menos que regra especial lhes imponha fundamentar seus votos.

⁷²⁶ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 422, que narra citação de político francês do século XVIII no sentido de que o regime do segredo nas deliberações seria “the strength of the feeble and the guarantee of justice”.

⁷²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 83.

juízo⁷²⁸. Com efeito, a presença de terceiros que não apenas os julgadores no recinto induz à preocupação com o modo como cada manifestação, cada aparte ou réplica será visto diante do público, fazendo com que vaidades tomem o lugar da sinceridade que marcaria o debate secreto entre iguais. O cenário da deliberação secreta, neste ponto, é sensivelmente distinto, pois a presença apenas dos julgadores permite que cada membro se mostre não como uma figura onisciente, incapaz de aventar fundamento jurídico que venha a se mostrar posteriormente equivocado, mas sim como um ser humano por definição falível, e por isso mesmo desejoso de aprender com seus pares no curso da deliberação, evoluindo seu pensamento conforme progride o debate, ou mesmo com o teor da sustentação oral feita pelas partes⁷²⁹. Em última análise, o que se promove com o debate sincero entre os julgadores, capaz de refletir as posições espontâneas de cada um e não uma ‘teatralização’ da deliberação colegiada, é o *aprimoramento da própria cognição* exercida pelo órgão recursal, que pode se nutrir do embate de visões distintas postas em confronto pelos julgadores com modéstia intelectual, sem que estes se vejam constrangidos à cômoda opção de puramente aderir ao voto do relator, evitando com isso a exposição pública decorrente da divergência⁷³⁰.

⁷²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 83: “Agrava-se o perigo em se tratando de processo concernente a assunto de grande relevância política (no sentido estrito da palavra), ou propício a suscitar emoções fortes, que se expressam em juízos apaixonados; ainda maior se torna quando o julgamento se realiza na presença de repórteres e - sobretudo! - de câmeras de televisão; atingirá o ápice, bem se compreende, se inundarem o recinto, ou de qualquer sorte estiverem em condições de acompanhar de perto os trabalhos, interessados diretos ou indiretos, dos quais haja motivos para temer manifestações de aprovação ou de desaprovação, quando não intervenções mais enérgicas. Em tais circunstâncias, não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse”.

⁷²⁹ Demonstra os proveitos sob o ângulo da cognição na deliberação a portas fechadas o testemunho de dois Ministros da Suprema Corte norte-americana, cf. POWELL JR., Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 110: “The integrity of judicial decision making would be impaired seriously if we had to reach our judgments in the atmosphere of an ongoing town meeting. There must be candid discussion, a willingness to consider arguments advanced by the other Justices, and a continuing examination and re-examination of one’s own views. The confidentiality of this process assures that we will review carefully the soundness of our judgments. It also improves the quality of our written opinions”; e REHNQUIST, William H. *The Supreme Court’s conference*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 113.p. 116: “On the basis of my experience in sitting in on these deliberations, I have no hesitation in saying that the Court’s Conference is a somewhat fragile institution. It is virtually unique in my experience in government in that the nine principals whose commissions authorize them to decide the cases before them are the only persons in attendance; no law clerks, no secretaries, no marshals, clerks, messengers, or pages, are present. The result of this fact is twofold. First, it permits a remarkably candid exchange of views among the members of the Conference. This candor undoubtedly advances the purpose of the Conference in resolving the cases before it. No one feels at all inhibited by the possibility that any of his remarks will be quoted outside of the Conference Room, or that any of his half formed or ill conceived ideas, which all of us favor at times, will be latter held up to public ridicule. I think this fact is generally recognized, and it is, I believe, a consideration of some importance. But the second equally important aspect of the nature of the Conference is that it forces each of the Court to prepare himself for the Conference deliberation. All of us discuss the matters which will be coming up at Conference with our law clerks, and is the best tradition of our profession try to find good counsel from briefs, arguments, and research in the course of making up our minds. But the knowledge that once in the Conference it is our own presentation, and not that of one of our staff, which must be depended on, does make a difference in the way the Conference functions”.

⁷³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 83, que ressalta a influência de objeções desconcertantes sobre os votos no colegiado em termos parcialmente distintos, *verbis*: “Mas o caráter público da deliberação pode também exercer outro tipo de influência, máxime quando, por imposição legal ou regimental, ou por pressão das circunstâncias, tenha

De outro lado, porém, é inegável que a deliberação a portas fechadas fragiliza a ideia de *contenção do arbítrio dos julgadores*. Toda a expectativa de controle social e popular sobre a atuação dos juízes, que se veriam sob a constante vigilância da sociedade em cada manifestação e voto⁷³¹, fica mitigada pela deliberação ocorrida em segredo, sem que seja possível assistir aos exatos termos que levaram os julgadores a aderir a determinada orientação no julgamento. Ao contrário, o único controle possível de ser exercido sobre os julgamentos consiste, no regime da deliberação secreta, na fundamentação escrita dos votos, que é revelada, como já mencionado, apenas *a posteriori*, ao tempo da publicação do acórdão, sem que seja possível aferir se as razões que inspiraram o voto realmente se apegavam aos fundamentos jurídicos formalmente proclamados. Assim, o modelo de deliberação pública é tido como sinal de credibilidade popular na Justiça civil, exercida sem entraves para que o povo não apenas saiba que o direito objetivo está sendo aplicado corretamente, mas que também possa, se desejar, assistir à respectiva aplicação⁷³².

Assim, não se pode ignorar que a adoção de um ou outro modelo de deliberação atrai prós e contras dignos de nota. No direito brasileiro, porém, grande parte da reflexão crítica que poderia existir com relação à publicidade nas deliberações colegiadas, para adotá-la ou rejeitá-la, desde que de modo consciente, tem sido colocada de lado em prol de certa interpretação dos arts. 5º, LX⁷³³, e 93, IX⁷³⁴, da Constituição Federal, que supostamente impediriam qualquer cogitação de conferir caráter secreto ao debate entre os julgadores nos Tribunais, ressalvadas apenas as hipóteses de segredo de justiça. Com a devida vênia dos que

de ser fundamentado o pronunciamento de cada votante. Bem se concebe que, exposto ao controle da assistência, o juiz dedique maior atenção ao exame das questões discutidas, a fim de melhor justificar a posição que tome, prevenir o risco de objeções desconcertantes - ou até desmoralizantes, voluntariamente ou não -, em apertes ou em votos subsequentes, e preservar assim sua "imagem" de julgador consciencioso e capaz. Não é impossível que seu voto acabe por ser diferente do que ele preferiria sem o aludido controle".

⁷³¹ Ressaltando a finalidade de controle inerente à publicidade, cf. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 266; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Bushatsky, 1975, p. 130-1: "O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, do Ministério Público e dos defensores. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais toma outra dimensão, quando tais decisões não de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo".

⁷³² ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 303, que afirma que "o fato de as partes e o público, em geral, assistirem à discussão reforça a seriedade do julgamento e a fé na Justiça".

⁷³³ CF, Art. 5º. (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...).

⁷³⁴ CF, Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

assim entendem, porém, a verdade é que a exegese em termos absolutos do princípio da publicidade dos atos processuais não merece acolhida.

Em primeiro lugar, a interpretação literal dos referidos dispositivos constitucionais é, na realidade, pouco conclusiva. De início, parece lícito afirmar que há uma relação de generalidade e especialidade entre o art. 5º, LX, e o art. 93, IX, da CF: enquanto o primeiro trata da publicidade em todo e qualquer ato processual, o segundo versa apenas sobre a publicidade relacionada aos *juízos* dos órgãos do Poder Judiciário, como espécie delimitada de ato processual. De qualquer modo, a interpretação literal dos referidos dispositivos tem de ser feita com amparo no cotejo dos demais vocábulos utilizados pelo texto constitucional ao tratar do mesmo tema, e nisso são de relevância ímpar os arts. 5º, XXXVIII, e 93, X, da CF. Com efeito, estes últimos dispositivos afirmam, respectivamente, o “sigilo das votações” como um dos princípios procedimentais que regem o júri no processo penal⁷³⁵ e, ainda, a realização de “decisões administrativas dos tribunais (...) em sessão pública”⁷³⁶. Assim, em tais hipóteses o que fez a Constituição foi realizar escolhas categóricas e inequívocas sobre o regime da publicidade nas deliberações colegiadas, para *afastá-la* no caso do art. 5º, XXXVIII, e para *impô-la* peremptoriamente na situação regulada pelo art. 93, X, da CF.

Limitou-se o constituinte, porém, no referido art. 93, IX, a afirmar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”. Não aludiu, como fez em outro momento, à “publicidade na votação”, ou à “tomada de decisão em sessão pública”. Por conta disso, resta indagar se o termo “juízo”, utilizado pelo art. 93, IX, da CF, tem o mesmo conteúdo semântico da expressão “deliberação colegiada”, pois, em caso afirmativo, também tal dispositivo já representaria um opção inequívoca do constituinte em prol da publicidade da deliberação, sem espaço para que a lei processual institísse regra em sentido contrário. Não é isso que se extrai, contudo, da lição da doutrina processual. Com efeito, autorizada voz considera o “juízo da causa ou do recurso” um “procedimento complexo”, composto por etapas diversas: inicia-se pelo apregoamento da causa pelo presidente do órgão, passa pela exposição do relator e pelas sustentações orais dos advogados, e termina, após o debate entre os julgadores e colheita de votos, com a proclamação do resultado⁷³⁷. Além disso, parece que,

⁷³⁵ CF, Art. 5º. (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (...).

⁷³⁶ CF, art. 93. (...) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (...).

⁷³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 665: “355. Etapas do juízo - o juízo da causa ou do recurso, na sessão designada, constitui

com a devida vênia, deve ser considerada também como componente do “*juízo*” do recurso a etapa formal da redação do acórdão, que corporifica a decisão tomada pelo órgão recursal e que balizará, daí em diante, a dimensão dos efeitos jurídicos produzidos pela deliberação colegiada.

Assim, a utilização do termo “juízo” pelo constituinte no art. 93, IX, da CF não traduz um significado voltado especificamente para a disciplina da publicidade na deliberação colegiada, assim entendidos o debate e a votação do órgão recursal. O enunciado, ao contrário, revela uma textura aberta mais ampla, e que abrange desde o início da sessão até o ato final que confere forma à deliberação colegiada. Se é possível, assim, visualizar uma razoável abrangência semântica no termo “*juízos*”, é preciso indagar se resta, nesse tema, alguma margem legítima de apreciação para que o legislador processual ordinário possa concretizar de formas variadas o princípio da publicidade nas sucessivas etapas de que se compõem o juízo colegiado.

É relevante destacar desde logo que o princípio da publicidade, a bem da verdade, nunca recebeu interpretação absoluta e invariável pela tradição brasileira⁷³⁸. Em primeiro lugar, há exemplo notável de deliberação secreta no âmbito do direito administrativo ainda nos dias de hoje, sem que se tenha reputado-o inconstitucional: é o que ocorre nas reuniões do Banco Central do Brasil, notadamente nas decisões relativas à fixação de taxa de juros, realizada a portas fechadas diante dos riscos especulativos que de seu teor poderiam advir para o futuro⁷³⁹. De outro lado, mesmo no que toca aos atos processuais têm sido reconhecidos diversos graus de publicidade, e ainda que relacionados aos “juízos” a que antes se aludiu. Assim, as sessões do plenário do Supremo Tribunal Federal são transmitidas em tempo real pelo canal de televisão denominado “TV Justiça”, criado pela Lei nº 10.461/02 e administrado pela própria Corte. Tal prática, que encontra paralelo similar apenas no México e no Reino Unido⁷⁴⁰, consiste na modalidade mais intensa de promoção do princípio

procedimento complexo, que se desdobra em várias etapas. Começa pelo anúncio, que faz o presidente do órgão, de que será julgado o recurso ou a causa. Dada a palavra ao relator, segue-se a exposição deste. Vem depois, salvo nos casos em que a lei o exclui, o debate oral entre os procuradores das partes. Em seguida, tomam-se os votos; e, afinal, proclama o presidente o resultado do juízo, com o que fica este encerrado”.

⁷³⁸ Não é pertinente à hipótese o regime da decretação de segredo de justiça, expressamente ressalvada pela Constituição Federal no próprio inc. IX do art. 93. Com efeito, o segredo de justiça, que de regra se funda na preservação da privacidade e da intimidade dos envolvidos no litígio, impede a divulgação de informações a respeito de todo e qualquer ato do processo que possa repercutir sobre a preservação da imagem e da honra das partes. O tema ora em análise, ao contrário, diz respeito à forma de incidência da publicidade especificamente sobre a deliberação colegiada, e isso principalmente nos casos em que seja inaplicável o regime do segredo de justiça.

⁷³⁹ O exemplo é fornecido por Joaquim Falcão, em entrevista prestada ao Jornal Valor Econômico e divulgada no site <http://diretorio.fgv.br/node/1631>, acesso em 01.ago.2011.

⁷⁴⁰ Conforme noticiado em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=183313>, acesso em 02.jul.2011, embora com distinção digna de nota, porquanto nos dois países referidos o televisionamento se restringe às

da publicidade processual, eis que viabilizado o acompanhamento do julgamento por qualquer um do povo nos mais distantes locais do país, muito embora apresente aspectos negativos que não podem ser ignorados⁷⁴¹. No extremo oposto, no atual regime processual não há qualquer nota de publicidade sobre a atividade de *redação* do acórdão no órgão colegiado, que, como dito, é ato que corporifica a deliberação colegiada, e de relevância inegável para o encadeamento do processo. Também não há qualquer publicidade sobre a redação do relatório ou da sentença de primeiro grau, sendo pública apenas a exposição de seus respectivos textos, uma vez elaborados no interior dos gabinetes⁷⁴².

Em verdade, portanto, sempre houve formas mais ou menos intensas de concretização da publicidade processual pelo legislador, que ora a impõe de modo categórico e ora promove o atingimento de suas finalidades por vias indiretas. Com efeito, o princípio da publicidade processual guarda uma conexão axiológica congênita com a garantia da motivação das decisões, e ambos têm forte amparo no princípio do Estado Democrático de Direito, voltado para a contenção do arbítrio e a possibilidade de controle popular sobre a atuação dos agentes do poder público. Existe, assim, um verdadeiro *núcleo essencial concêntrico* entre as garantias da publicidade e da motivação, já que compartilham dos mesmos valores subjacentes. Se isso é verdade, não parece ser lícito tolher qualquer perspectiva de reflexão consciente a respeito da definição, pelo legislador ordinário, do modo como incidirá a publicidade em relação às diversas etapas que compõem o julgamento colegiado, desde que, observados os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, haja o resguardo de traços mínimos de publicidade acompanhada da garantia *a posteriori* da motivação⁷⁴³.

audiências para oitiva da manifestação dos advogados e, posteriormente, para a proclamação do resultado do julgamento, sem que abranja o momento da deliberação colegiada.

⁷⁴¹ Em razão dos efeitos de tal exposição intensa, já há manifestações públicas, por parte de Ministros do Supremo Tribunal Federal, em prol da instituição de reuniões preparatórias prévias à sessão de julgamento, para que, a portas fechadas, possam os julgadores trocar impressões sobre o caso sem a ostensiva publicidade através da transmissão em tempo real. Manifestaram-se favoravelmente a tal regime os Mins. Cezar Peluso e Luiz Fux, conforme se extraem de entrevistas concedidas, respectivamente, nos seguintes sites eletrônicos: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2706201115.htm>, acesso em 03.jul.2011; e <http://www.conjur.com.br/2011-jun-19/entrevista-luiz-fux-ministro-supremo-tribunal-federal>, acesso em 20.jun.2011. Ressalte-se que tais reuniões prévias não excluiriam a votação em sessão pública, mas apenas viabilizariam um diálogo prévio sem os efeitos prejudiciais da publicidade.

⁷⁴² Em sentido similar, cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A legalidade do julgamento virtual*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-jul-25/legalidade-julgamento-virtual-efeitos-judiciario2>, acesso em 01.ago.2011, que, ao comentar o comando do art. 93, IX, da CF, assevera: “Ora, a “publicidade” aí exigida, não é aquela de “assistir o desenrolar do julgamento”, vale dizer, pela presença das partes (e, por certo, de seus patronos), no ato de sentenciar, perante o juízo de primeiro grau, ou, então, durante a prolação dos votos, enfim, dos debates, entre os juízes de segundo grau, para ser, assim, proferido o julgamento. Não se olvide que o vocábulo “julgamento”, desde as fontes romanas - “*iudicium*” - é termo polissêmico, que tem o significado tanto do ato de julgar, quanto do suporte material do *decisum*. Desse modo, proferir um “julgamento” pode ser a sentença, o voto, o conjunto de votos, ou a própria sentença ou o acórdão, já agora, em senso material. Se assim não fosse, toda sentença não proferida perante as partes e seus advogados, mas, sim, no gabinete, ou, mesmo, na casa do magistrado, seria nula *ipso iure* (art. 93, IX, 1ª parte, CF)”.

⁷⁴³ Em harmonia com tal interpretação, cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 276, que, após descrever o passado do direito lusitano e brasileiro no século XIX, assim se manifesta: “A transcrição

Assim, além das já cogitadas deliberações prévias no âmbito do STF, não parece possível afastar em termos absolutos a possibilidade de instituição, pelo legislador, do regime de *fracionamento* da deliberação colegiada em duas sessões, uma para a exposição do relatório e para as razões orais das partes e outra, posterior, para a divulgação da votação e para a proclamação do resultado do julgamento, permitindo-se que entre ambas haja uma fase de deliberação a portas fechadas, com a presença apenas dos julgadores. Não é por outra razão, aliás, que autorizada opinião considera válida a reunião dos membros do colegiado para que discutam reservadamente alguma questão “*em conselho*”, afastando temporariamente os assistentes, como prevê o art. 73 do RITJRJ⁷⁴⁴, desde que, posteriormente, com a reabertura da sessão, sejam colhidos “*todos os votos coram populo*”⁷⁴⁵.

Apesar dos inegáveis proveitos de um regime similar ao mencionado, principalmente com relação aos frutos do debate sincero para a cognição exercida pelo órgão, ainda hoje o ambiente acadêmico brasileiro se recente de uma discussão profunda sobre o regime ideal da publicidade na deliberação colegiada, decorrência da interpretação em termos absolutos do referido art. 93, IX, da CF. Porém, ao mesmo tempo em que a academia brasileira silencia, os Tribunais nacionais, de segunda instância e além, se vêm tentados à adoção de práticas de julgamento heterodoxas, que dificilmente se compatibilizam com a referida leitura tradicional do princípio da publicidade processual.

Com efeito, parece difícil sustentar que, nos dias de hoje, o princípio da publicidade processual seja observado em uma interpretação ainda absoluta diante dos constantes julgamentos “em pilhas” nos órgãos colegiados, nos quais o relator se limita a enunciar os números identificadores de dezenas ou centenas de feitos, muitas vezes ignorando particularidades dignas de nota, para envolvê-los sob a veste de uma mesma questão jurídica, e assim decidi-los através de um suposto julgamento conjunto. Tais deliberações, denominadas também de julgamentos “por lista”, representam apenas um *simulacro de*

das velhas disposições revela aspectos negligenciados e esquecidos do liberalismo brasileiro. Até hoje, em geral, a discussão da causa e a formação do juízo colegiado, na maioria dos ordenamentos, sucede no interior discreto dos gabinetes – designados de *chambre du conseil*, no direito francês –, longe do olhar público. É uma exceção, para dizer o mínimo, a manifestação oral e motivada de votos, em sessão pública, e sua ulterior reprodução em peça escrita (acórdão), igualmente fundamentada. A divulgação escrita do resultado asseguraria, por si só, a publicidade do julgamento”.

⁷⁴⁴ RITJRJ, Art. 73 - Após o voto do relator e, se houver, do revisor, poderá qualquer dos julgadores pedir o exame do processo em conselho, caso em que a sessão se tornará secreta, para discussão unicamente entre eles, podendo permanecer no recinto, entretanto, o Órgão do Ministério Público, se não for parte no processo, e o Secretário.

⁷⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 670, que afirma que “o órgão julgador pode afastar temporariamente os assistentes (isto é, reunir-se ‘em conselho’: vide, por exemplo, o art. 73 do regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), para que seus membros discutam em forma reservada alguma questão; mas, uma vez tornada pública, de novo, a sessão, terão de colher-se todos os votos *coram populo*”.

colegialidade, ou, como se afirma com igual expressividade, uma *falsa colegialidade*⁷⁴⁶, que apenas formalmente goza das virtudes que o julgamento colegiado poderia acarretar, como analisado sob o ângulo teórico no Capítulo 2 deste trabalho, pois nem mesmo o relator do recurso tem conhecimento preciso sobre o drama humano discutido em cada um dos feitos anunciados para julgamento conjunto⁷⁴⁷. Na realidade, tal prática viola de forma muito mais intensa a publicidade processual do que qualquer perspectiva de fracionamento da sessão colegiada para permitir a deliberação a portas fechadas, pois toda a finalidade de controle social da conduta dos juízes é posta em xeque quando, conforme vem reconhecendo até mesmo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sequer seja necessário o apregoamento do processo para julgamento no colegiado⁷⁴⁸, de forma que nem mesmo os presentes à sessão podem ter efetivo conhecimento acerca de quais processos encontram-se submetidos à deliberação.

Além de tais mitigações veladas ao princípio da publicidade na sessão de julgamento colegiado, há ainda outra vertente manifestada pelos Tribunais de segunda instância, dessa vez já sob um perfil institucional mais formal. Com efeito, tem sido comum a tentativa de expandir a técnica de *deliberações colegiadas por meio eletrônico*, através do denominado *julgamento virtual*, principalmente diante do paradigma instituído para o Supremo Tribunal

⁷⁴⁶ A expressão foi cunhada por GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 307, em passagem já antes mencionada neste texto, *verbis*: “Mas é forçoso reconhecer que tão ruim quanto o monocratismo em 2º grau é a falsa colegialidade, através de julgamentos-relâmpago ou em pilhas, em que todos acompanham o voto do relator, sem saber o que estão decidindo e sem uma análise cuidadosa dos fatos, provas e alegações apresentados pelas partes. Ou a falsa colegialidade, em que apenas um ou dois de todos os participantes do órgão julgador examinaram previamente os autos, confundindo a colegialidade judicial com a colegialidade parlamentar. Nesta, cada um dos votantes traz do seu contato direto com os seus eleitores os elementos de convicção suficientes para manifestar a sua vontade e compor coletivamente a vontade popular. Naquela, cada juiz somente pode formar a convicção sobre as alegações das partes, os fatos e as provas, se river exercido efetiva cognição sobre todos os atos do processo”.

⁷⁴⁷ São sintomáticas, neste ponto, as seguintes ementas de julgados proferido pelo Supremo Tribunal Federal: “Questão de ordem em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Erro material. Inclusão por equívoco na lista. Julgamento indevido. 3. Julgamento tornado sem efeito” (RE 291046 AgR-QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 09-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02236-02 PP-00361); e “1. Supremo Tribunal Federal Recurso extraordinário - Questão de ordem - Anulação de julgado em decorrência de erro material - Admissibilidade - Julgamento conjunto de inúmeros processos com inserção, equivocada, em lista, de autos com matéria diversa - Inteligência do art. 463, I, do CPC “ (STF - QO em RE 495.735-3/SC -Tribunal Pleno - m.v. - rei. Min. Cármen Lúcia).

⁷⁴⁸ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA DOS ALUDIDOS DEFEITOS. SUPOSTA NULIDADE DECORRENTE DA SISTEMÁTICA ADOTADA NO JULGAMENTO DOS PRIMEIROS EMBARGOS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Se durante a Sessão Ordinária em que foram julgados os primeiros embargos não houve nenhuma circunstância excepcional (pedido de vista, destaque por outro Ministro, pedido de preferência etc.), o não-apregoamento do feito, por si só, não enseja nulidade, tampouco inobservância do disposto no art. 151 do RISTJ. 2. Por outro lado, a verificação acerca de eventual contrariedade ao disposto no art. 93, IX, da CF/88 é matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, alheia ao plano de competência desta Corte, mesmo que para fins de prequestionamento. 3. No mais, conforme foi consignado no voto condutor do acórdão que apreciou os primeiros embargos, era inviável o acolhimento de tal recurso, porquanto todos os temas suscitados em sede de agravo regimental foram expressamente abordados no respectivo aresto, razão pela qual é inconsistente a suposta omissão. 4. Embargos de declaração rejeitados”. (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.026.439-RO, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgados em 21/5/2009).

Federal no que concerne à apreciação da repercussão geral. Os arts. 323 a 325 do Regimento Interno do STF, fazendo uso da delegação remissiva constante do *caput* e do § 5º do art. 543-B do Código de Processo Civil⁷⁴⁹, dispõem sobre o chamado *plenário virtual* para a análise da existência de repercussão geral nos recursos extraordinários⁷⁵⁰, que se inicia pela manifestação eletrônica do relator acerca da ausência ou presença de repercussão geral no recurso analisado, ao que se segue, no prazo de vinte dias, as manifestações sobre o mesmo ponto pelos demais Ministros. Para viabilizar o acompanhamento popular da atuação do colegiado virtual, em princípio incompatível com o meio eletrônico de circulação das manifestações, disponibiliza-se no site do Supremo Tribunal Federal página específica em que consta a votação em tempo real, para consulta por qualquer interessado⁷⁵¹.

A agilidade de tal procedimento, sem as formalidades do julgamento em sessão, fez com que a iniciativa fosse transposta também para os Tribunais de Justiça de alguns Estados. No Tribunal de Justiça de Rondônia, por exemplo, tem início em setembro de 2011 a análise de recursos através de deliberações virtuais na 2ª Câmara Cível, aparentemente restrita aos casos em que não há previsão de realização de sustentação oral, realizada com a circulação, pela *internet*, do relatório e do voto entre os desembargadores que compõem a turma julgadora, podendo ser acompanhada por qualquer interessado através do site do Tribunal na

⁷⁴⁹ CPC, Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (...) § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

⁷⁵⁰ RISTF, Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. § 1º Nos processos em que o Presidente atuar como relator, sendo reconhecida a existência de repercussão geral, seguir-se-á livre distribuição para o julgamento de mérito. § 2º. Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral. § 3º. Mediante decisão irrecurável, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. Art. 323-A. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico. Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. § 1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. § 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil. § 3º. O recurso extraordinário será redistribuído por exclusão do(a) Relator(a) e dos Ministros que expressamente o(a) acompanharam nos casos em que ficarem vencidos. Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso. Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso. Art. 325-A. Reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema.

⁷⁵¹ Conferir <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?situacao=EJ>, acesso em 03.ago.2011.

*internet*⁷⁵². Conforme narra Araken de Assis, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já de há muito adotou-se prática similar, divulgando-se previamente entre os membros do colegiado, antes da sessão de julgamento, o relatório e o voto do relator, para que os demais façam observações e sugestões a fim de obter a harmonização dos entendimentos, conferindo-se caráter apenas *pro forma* à sessão presencial⁷⁵³.

Ainda nessa linha, recentemente, em 09 de maio de 2011, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução nº 13/2011, disciplinando o julgamento em sessão virtual de embargos de declaração e agravo interno, a ser realizado através do encaminhamento, pelo relator, do projeto de acórdão aos demais membros do colegiado, que devem se manifestar em até vinte e quatro horas (Art. 3º). Tal procedimento, de caráter facultativo (Art. 1º, parágrafo único, parte final), fica afastado caso haja divergência na votação, realizando-se o julgamento em mesa (Art. 3º, parágrafo único), sendo

⁷⁵² É o que se extrai de notícia veiculada em

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7514&Itemid=675, acesso em 18.jul.2011, nos seguintes termos: “Processos cíveis serão julgados pela internet em Rondônia. Pela internet, de qualquer lugar do mundo, os desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Rondônia poderão julgar, inicialmente, processos que não precisam de sustentação oral, que é a defesa falada feita por um advogado. No ambiente virtual, a sessão, que é pública, será acompanhada por quem se interessar, através de *link* disponível na página do TJ de Rondônia (www.tjro.jus.br). A primeira sessão virtual no segundo grau da Justiça Estadual está marcada para setembro, na próxima terça-feira, dia 22. Transparência, facilidade ao trabalho de magistrados e advogados, diminuição de custos, rapidez e aumento no número de julgamentos estão entre os objetivos do projeto. Segundo a analista de sistemas do TJRO, Ângela Carmes Szymczak, o funcionamento do sistema é simples e seguro: todo acesso é mediante inserção de senha e nome de usuário. Depois da autenticação do acesso, o departamento judiciário cadastra a pauta e a sessão no Sistema de Acompanhamento Processual (SAP) para o julgamento virtual. No dia em que está marcada a sessão virtual, os magistrados acessam o sistema pelo site do TJ, e lá inserem o relatório e o voto. As informações que estão no sistema estão codificadas em criptografia SSL (Secure Sockets Layer), o que impede que, caso alguém tenha acesso aos arquivos, não consiga ler sem que se tenha a chave de segurança que traduz esses códigos. O sistema apresenta a situação e informações de cada processo (em julgamento, retirado de pauta, adiado ou com pedido de vista). Após todos os integrantes terem votado, a situação do processo é automaticamente alterada para “em julgamento (aguardando proclamação do resultado)”. Só então a secretária da sessão, que também acompanhará a sessão pela internet, cadastrará a decisão da Câmara e fará o encerramento do julgamento. Histórico- A ideia do Julgamento Virtual surgiu em 2002. O sistema foi desenvolvido pela equipe de informática do TJ e, em 2005, passou a ser testado no 1º grau pela Turma Recursal de Porto Velho. Esses testes contribuíram para o aperfeiçoamento do sistema. Em junho de 2009, a presidente do TJRO, desembargadora Zelite Andrade Carneiro autorizou novos testes, treinamento e o início dos julgamentos pela internet, desta vez no 2º grau de jurisdição, formado por desembargadores. O trabalho é coordenado pelo desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia, idealizador do projeto e membro da 2ª Câmara Cível do TJ RO. Fonte- TJ RO”.

⁷⁵³ ASSIS, Araken, *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 307, que, ao comentar a regra que impõe a distribuição de cópias do relatório (CPC, art. 553), já analisada acima, assevera: “E, na verdade, o rápido avanço da tecnologia produziu efeitos benéficos na atividade forense em mais de um ponto e, neste particular, nota-se radical mudança. A todos os julgamentos, no tribunal, usualmente antecede ampla distribuição de cópias da exposição e do voto do relator. Assim, o desfecho do julgamento nenhuma surpresa reserva para seus participantes, e, não raro, permutam-se opiniões e transigem os julgadores, quanto à questão de fundo ou a aspectos secundários (v.g., o montante dos honorários fixados no voto do relator; a taxa de juros), antes do início da sessão. A informatização das sessões acentuou sobretudo semelhante mecânica. A pauta só fica pronta, e liberada para publicação (e para o órgão oficial na própria rede), quando já contém todos os relatórios e os votos dos componentes do órgão fracionário, acompanhados ou não de notas e de observações, no mínimo um simples e provisório ‘de acordo’. A consulta é feita nos gabinetes e repete-se no curso da sessão”. Mais à frente, ao abordar também a exposição oral do relator na sessão (p. 315), assinala o autor que “em termos teóricos, a finalidade da exposição oral do relator é bem nítida. No entanto, perdeu muito de sua importância original. Ficou assinalado que, nos tribunais informatizados, todos os julgadores examinaram e conferiram o relatório e o voto do reator, e, além disso, já externaram seus votos concordantes ou divergentes na rede. Neste sentido, a reprodução oral do relatório escrito constitui, aos ouvidos dos integrantes do órgão fracionário, fastidiosa perda de tempo. Ninguém lhe presta, realmente, grande atenção. Enquanto o relator expõe, os demais magistrados consultam o projeto de acórdão na rede. Assim, a explanação se destina ao advogado, ou advogados, postado na tribuna, e à platéia de profanos”.

que o anúncio do resultado da votação tem de ser feito, de qualquer modo, na sessão presencial em que o feito seria apreciado (Art. 4º, *caput*)⁷⁵⁴. Também no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontra-se atualmente em discussão proposta de Resolução no sentido de autorizar o julgamento virtual de agravos de instrumento, agravos internos e embargos de declaração, conforme noticiado amplamente nos canais de comunicação da *internet*⁷⁵⁵.

Embora haja respeitável opinião a favor da validade de tais procedimentos, principalmente sob o ângulo material, isto é, à luz da garantia fundamenral da publicidade⁷⁵⁶, a verdade é que, com a devida vênia, o julgamento virtual no âmbito dos Tribunais de Justiça

⁷⁵⁴ Confira-se, na íntegra, o teor da resolução, *verbis*: “**Tribunal Pleno/Órgão Especial. Secretaria do Tribunal Pleno e do Órgão Especial. RESOLUÇÃO TJ / OE / RJ Nº 13/2011** Disciplina o procedimento do julgamento eletrônico dos agravos do § 1º, do artigo 557, e dos embargos de declaração do artigo 535, ambos do CPC, altera a redação da alínea “e” do § 2º, do artigo 50 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e dá outras providências. **O ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, no uso de suas atribuições legais, nos termos do art. 3º, inciso V, do Regimento Interno, e tendo em vista o que foi decidido na sessão realizada no dia 09 de maio de 2011. (Processo nº 2010-0026077), **CONSIDERANDO** o princípio da razoável duração do processo, que dá concreção ao do efetivo acesso à justiça; **CONSIDERANDO** a necessidade de racionalizar o tempo despendido durante as sessões de julgamento e de se otimizar a função jurisdicional; **CONSIDERANDO** a prática costumeira, e cada vez mais acentuada, da interposição dos agravos previstos no artigo 557, § 1º do Código de Processo Civil e do artigo 200 do Regimento Interno desta Corte, com vistas ao esgotamento dos recursos ordinários, assim como de embargos de declaração ao escopo de pré-questionamento necessário ao manejo dos recursos de índole constitucional; **RESOLVE Art.1º** - Os processos previstos nas alíneas “d” e “e”, do § 2º, do artigo 50 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, poderão ser julgados por meio eletrônico, em sessão virtual. **Parágrafo único** – Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso impugnar decisão contrária a súplica ou a jurisprudência dominante do próprio Tribunal ou dos Tribunais Superiores, ou quando a proposta de voto do respectivo Relator for de provimento do recurso, ou ainda quando este entender necessária a apresentação do recurso em mesa para o respectivo julgamento. **Art. 2º** - A sessão virtual consiste no julgamento por meio eletrônico dos feitos referidos no artigo anterior. **Art. 3º** - O Relator encaminhará, por meio eletrônico e com observância do sigilo necessário, o projeto de acórdão aos demais julgadores, na ordem decrescente de antiguidade, seguindo-se ao mais novo o mais antigo, que deverão manifestar-se no prazo de 24 horas. **Parágrafo único** – Em caso de divergência, o recurso será apresentado para julgamento em mesa na sessão imediata. **Art. 4º** - O anúncio eletrônico do resultado do julgamento somente será realizado após a manifestação dos vogais, e na sessão em que o feito seria julgado. **Parágrafo único** – Proclamado o resultado do julgamento do recurso, se qualquer das partes presentes a sessão o requer, e apresentar questão de fato considerada relevante, o recurso será reapreciado em sua presença. **Art. 5º** - A Diretoria-Geral de Tecnologia da Informação tomará as providências necessárias ao cumprimento desta Resolução. **Art. 6º** - Fica alterada a alínea “e”, do § 2º, do art. 50 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que passa a vigorar com a seguinte redação: “Art.50 – § 1º - § 2º - Independem de inclusão em pauta para serem julgados: e) os agravos interno e regimental.” **Art. 7º** - A presente resolução entra em vigor na data de sua publicação. Rio de Janeiro, 09 de maio de 2011. (a) Desembargador **MANOEL ALBERTO REBÊLO DOS SANTOS** Presidente do Tribunal de Justiça”.

⁷⁵⁵ A notícia pode ser encontrada em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI137544.71043-Resolucao+do+TJ+SP+define+que+recursos+poderao+ser+julgados>, acesso em 18.jul.2011, com o seguinte teor: “**Resolução do TJ/SP possibilitará que recursos sejam julgados virtualmente**. Uma proposta de resolução do TJ/SP define que agravos de instrumento, agravos internos e embargos de declaração poderão ser julgados virtualmente, seguindo o critério da turma julgadora. De acordo com a proposta, o julgamento virtual irá acontecer da seguinte forma: o relator do processo encaminhará seu voto aos demais desembargadores por mensagem eletrônica, e a manifestação do segundo e do terceiro juízes, que poderão requisitar os autos para exame e visto, também ocorrerá mediante mensagem eletrônica. Caso haja divergência, o integrante discordante irá elaborar seu voto e transmitirá ao relator e a outro juiz componente da turma. Serão publicados os dois votos, e irá prevalecer para o acórdão aquele que for acolhido pela maioria. Em seu art. 2, a resolução define também que os MSs e HCs originários poderão ser julgados virtualmente, desde que, ao relator o processo e enviá-lo ao revisor, ou o voto ao segundo e terceiro juízes, de acordo com o caso, seja concedido o prazo de 10 dias para manifestação do propósito de realizar sustentação oral. A proposta se assemelha a portaria 13, do TJ/RJ, publicada em maio, que permite o julgamento virtual de embargos de declaração e agravos regimentais, sem a realização de sessões pública. A portaria gerou polêmica e foi criticada pela OAB/RJ. Para a entidade, o simples anúncio das decisões tomadas por meio virtual não seria suficiente para garantir o caráter público do julgamento”.

⁷⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A legalidade do julgamento virtual*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-jul-25/legalidade-julgamento-virtual-efeitos-judiciario2>, acesso em 01.ago.2011, cuja posição foi parcialmente transcrita acima.

padece de *ilegalidade* e de *inconstitucionalidade formal*. Com efeito, do ponto de vista material, realmente não parece ser possível concluir, como já se mencionou acima, que o princípio da publicidade processual seja violado através de deliberações secretas, desde que ocorra, posteriormente, a divulgação em sessão presencial dos votos e a proclamação do resultado, na linha do que dispõe a Resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, tal opção política por um procedimento diverso do que consta atualmente dos arts. 555, §§ 2º e 3º, e 556, *caput*, do Código de Processo, que impõem o debate e a prolação dos votos em sessão, *tem de ser veiculada através de lei federal em sentido formal*, única capaz de afastar a força cogente das disposições gerais sobre o procedimento nos recursos previstas no CPC, constantes do capítulo “Da ordem dos Processos no Tribunal”. Enquanto não houver, assim, o afastamento das regras do Código que impõem o debate e a votação em sessão presencial, não poderão os Regimentos Internos ou as Resoluções criar regras procedimentais específicas com conteúdo distinto, eis que, como visto no Capítulo 2, a competência normativa dos Tribunais tem de observar as regras de natureza geral editadas pela União com amparo no art. 24, XI, da Constituição Federal.

No mínimo, para validar, nesse tema, a atuação normativa das Resoluções e dos Regimentos Internos para criar deliberações virtuais, seria necessário que houvesse no Código de Processo Civil dispositivo similar ao art. 543-B, *caput* e § 5º, que, em evidente *delegação remissiva*, autoriza o Supremo Tribunal Federal a disciplinar o procedimento de apreciação da repercussão geral em sentido diverso do que consta das normas contidas no Capítulo “Da Ordem dos Processos nos Tribunais”. Assim, é o próprio Código de Processo que afasta a necessidade de observância, pelo STF, das regras dos arts. 547 e segs., de modo que, quanto a este Tribunal, é válida a criação de regras procedimentais diversas das previstas na lei federal, eis que, repita-se, é a própria lei federal que autoriza a disciplina distinta. Contudo, não há qualquer norma similar no Código de Processo Civil que autorize a atuação normativa dos Regimentos Internos ou das Resoluções dos Tribunais de Justiça sem a observância das diretrizes gerais quanto ao procedimento recursal constantes do Capítulo “Da Ordem dos Processos nos Tribunais”, de modo que, sob o ângulo formal, as deliberações virtuais nos Tribunais de Justiça Estaduais violam os arts. 555, §§ 2º e 3º, e 556, *caput*, do Código de Processo Civil e afrontam, por consequência, a competência da União para editar regras gerais sobre procedimento nos recursos (CF, art. 24, XI).

Como se vê, o que as práticas procedimentais narradas acima têm em comum é o escamoteamento do debate amplo que deveria existir na sociedade brasileira, no cenário político e acadêmico, a respeito dos proveitos e das desvantagens da publicidade na

deliberação colegiada, que deve ser fruto de uma escolha política consciente, mas que, ao contrário, acaba por ser posto de lado pela mera edição de Resoluções e Emendas Regimentais em flagrante descompasso com as normas gerais de procedimento recursal previstas no Código de Processo Civil de 1973.

3.6.4. A proclamação do resultado pelo presidente

Terminada a deliberação, a etapa seguinte consiste na proclamação do resultado do julgamento pelo presidente do órgão. Apesar de, em teoria, ser este um ato singelo, em que apenas se toma nota a respeito do que se passou na votação para proclamá-lo oralmente de modo formal, reduzindo-o também em texto escrito denominado, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 85 do RITJRJ, de “minuta de julgamento”⁷⁵⁷, a verdade é que há polêmicas relevantes sobre esta etapa do julgamento colegiado. Por conta disso, na sequência serão analisados, em primeiro lugar, os critérios para a apuração do resultado do julgamento, com o exame dos *métodos de desempate* quando se alcança um impasse na votação. Posteriormente, também será analisado o modo como a proclamação do resultado funciona como *marco preclusivo* para o exercício, pelos membros julgadores, da prerrogativa de *modificação dos votos*, conforme consagrada lição da doutrina e da jurisprudência, mas não sem espaço para alguma controvérsia ainda presente.

Sob uma visão radical, o aprimoramento das decisões judiciais por conta do julgamento colegiado levaria a que, em teoria, todas as decisões tomadas pelo órgão colegiado deveriam ser produto de *unanimidade*. Só assim, com o consenso através de três visões distintas e confluentes no resultado, é que o acórdão gozaria no maior grau de todos os benefícios epistemológicos da composição plural do órgão. No entanto, o processo judicial não pode ver sua marcha travada de modo insuperável, como ocorreria caso a unanimidade fosse eleita como um critério absoluto: basta imaginar as freqüentes hipóteses em que o consenso, mesmo no Judiciário, é inalcançável, como se passa em questões ligadas a profundos desacordos morais, a exemplo da interpretação de conceitos jurídicos

⁷⁵⁷ RITJRJ, Art. 85 - Finda a apuração dos votos, o Presidente anunciará a decisão. Nenhum dos votantes, depois do anúncio, poderá modificar seu voto, admitindo-se, porém, que use da palavra pela ordem, a fim de retificar equívoco porventura ocorrido na apuração. § 1º - O Presidente redigirá a minuta de julgamento, nela mencionando a decisão anunciada, o relator designado, se for o caso (art. 89), e os nomes dos votantes vencidos e vencedores e, dentre eles os tiverem manifestado desejo de fazer declaração ou justificação de voto. § 2º - Havendo divergência entre a minuta de julgamento e a decisão, o Órgão Julgador esclarecerá, de ofício, o julgado, o que constará da ata.

indeterminados ligados a padrões éticos de conduta ou a princípios constitucionais fundamentais.

Certamente, nesses e em outros casos a exigência de unanimidade asseguraria o mais profundo debate e a mais intensa reflexão sobre a causa, já que só com o consenso de três julgadores, cada qual com sua visão particular e com sua pré-compreensão, é que o resultado seria alcançado. No entanto, e como afirma Carnelutti⁷⁵⁸, as repercussões de um processo judicial não são de igual proporção às de uma mera deliberação assemblear no campo societário, na qual os interesses dos envolvidos podem, voluntariamente, ser submetidos a um consenso reforçado como condição para a prática de determinados atos, com o efeito de muitas vezes impedir a sua realização⁷⁵⁹. O processo judicial, ao contrário, tem sempre sob seus ombros o peso do restabelecimento da paz social, que, como se sabe, não se harmoniza com a resposta tardia à provocação pela tutela jurisdicional. Assim, abre-se mão, no processo, do grau de certeza que decorreria da unanimidade como regra absoluta para a apuração das deliberações, dando lugar à *regra geral da maioria*, atribuindo-se todos os efeitos da manifestação do órgão colegiado à maior soma de votos concordantes.

Como visto acima, e apesar do que dispõe o art. 555 do Código de Processo Civil, a disciplina do quórum de votação nas sessões colegiadas pertence ao campo normativo do Regimento Interno dos Tribunais, a teor do que dispõe o art. 96, I, 'a', da CF. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o tema encontra-se regido pelo art. 81, *caput* e § 1º, do Regimento Interno⁷⁶⁰, que fixa em três o número de votantes para o julgamento da apelação, definindo também o critério da maioria para o resultado da votação.

Em hipóteses não raras, não se faz possível alcançar com facilidade qual posição tenha restado vencedora a partir do exame dos votos proferidos no colegiado, notadamente diante da possibilidade, aberta a qualquer um dos votantes, de expressar livremente seu convencimento

⁷⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 382.

⁷⁵⁹ É o que ocorre, por exemplo, com a deliberação a respeito da dissolução de sociedades simples no Código Civil de 2002, que exige o consenso unânime dos sócios para se realizar: CC/2002, Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: (...) II - o consenso unânime dos sócios; (...).

⁷⁶⁰ RITJRJ, Art. 81 - As decisões serão sempre tomadas pela maioria dos votantes, colhendo-se o voto do Presidente apenas se for relator ou revisor, em caso de empate ou quando necessário para completar o quorum. § 1º - Tomar-se-ão pelo voto de 09 (nove) Desembargadores, contados a partir do relator, inclusive, as decisões da Seção Criminal; pelo de 05 (cinco), as das Câmaras nos embargos infringentes cíveis e nos embargos infringentes e de nulidades de natureza criminal; e pelo de 03 (três), as das Câmaras, nas demais matérias, observada em qualquer caso a ordem prevista no artigo 72, dispensada a manifestação dos Desembargadores que excederem o quorum. § 2º - Nos incidentes de uniformização da jurisprudência e no caso do art. 122, § 1º, não prevalecerá a limitação estabelecida para a Seção Criminal no § 1º deste artigo. § 3º - Se o Presidente tiver de votar, por estar vinculado ao processo, e em consequência se tornar par o número de julgadores, deixará de votar o vogal de menor antiguidade. § 4º - Na Seção Criminal e nas Câmaras Criminais e Cíveis, salvo necessidade de completar-se quorum mínimo para votação, destas não participará o Desembargador que tenha participado que tenha participado da decisão impugnada.

sobre a causa. Não fica o vogal ao votar, assim, restrito à opção por aderir ao voto do relator ou, se existente, do revisor, podendo assinalar terceira solução para a controvérsia em julgamento⁷⁶¹. Por conta disso, pode ocorrer de surgir no colegiado a dispersão de votos do ponto de vista *quantitativo* ou *qualitativo*⁷⁶². Em teoria, ambas as hipóteses de discórdia no colegiado podem ser resolvidas por múltiplos critérios: na divergência quantitativa, com efeito, é possível a adoção, a princípio, do critério da continência ou do sistema da média aritmética; já na divergência qualitativa, pode-se cogitar de três critérios distintos, conforme expõe Barbosa Moreira:

- “a) o que obriga os juízes adeptos das soluções menos sufragadas a aderir a uma das duas correntes mais numerosas, a fim de que alguma destas se torne majoritária;
- b) o que determina a convocação de outros juízes para participarem do julgamento, em número bastante para propiciar o desenlace;
- c) o que manda proceder a nova votação entre duas das soluções conflitantes, excluindo-se a que for vencida, e depois a uma terceira votação, entre a solução vencedora e qualquer das outras, repetindo-se o procedimento sucessivamente, até que só restem duas soluções, das quais será adotada, como pronunciamento do órgão, a que reunir maior número de sufrágios”⁷⁶³.

Neste tema, o Código de Processo Civil de 1973 é omissivo, não fixando qualquer critério para as dispersões quantitativas ou qualitativas. Limita-se, no art. 556, a afirmar que cabe ao Presidente do órgão colegiado a proclamação do resultado do julgamento⁷⁶⁴, em posição repetida no Projeto de Novo Código de Processo Civil, de acordo com a versão aprovada pelo Senado em 2010⁷⁶⁵. Por conta disso, e na ausência de norma geral prevista em lei federal, cabe aos Regimentos Internos de cada Tribunal de Justiça a definição de quais critérios devem ser adotados para a definição da maioria em tais hipóteses⁷⁶⁶, como fruto da

⁷⁶¹ Neste ponto, o regime atual é distinto do que vigorava ao tempo da redação original do Código de Processo Civil de 39, em que o terceiro votante se viu limitado a “desempatar” as duas opiniões manifestadas anteriormente, conforme expõe BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 672.

⁷⁶² Parece remota, no que toca à apelação, a hipótese de empate em razão da ausência de um dos julgadores, dado o quórum de apenas três juízes. Não obstante, conferir, sobre o tema, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 362-4.

⁷⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 673-4, onde se encontra também a referência aos critérios para a dispersão quantitativa, mencionados acima no texto.

⁷⁶⁴ CPC, Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

⁷⁶⁵ Projeto de Novo CPC, Art. 896. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. § 1º Os votos poderão ser alterados até o momento da proclamação do resultado pelo presidente. § 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão fracionário, pelo voto de três juízes. § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

⁷⁶⁶ Nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 361; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 675.

competência normativa para edição de regras procedimentais específicas que lhes foi outorgada pelo art. 96, I, 'a', da Constituição Federal. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o art. 83 do RITJRJ incorporou o critério da continência para a solução de dispersões quantitativas⁷⁶⁷, ao passo que o art. 84 prevê a adoção do critério 'c', acima aludido, para a discórdia qualitativa⁷⁶⁸.

A respeito da dispersão qualitativa, já Carnelutti narrava que, na Itália, na época em que escrita a sua consagrada obra *Sistema de direito processual*, a diversidade de votos era resolvida pelo destacamento, dentre as três posições distintas em um órgão composto por três membros, de duas para votação em separado. Entre ambas, os votantes deveriam então eleger a que melhor se adequaria à causa, excluindo-se a vencida. A vencedora, por sua vez, era submetida ao mesmo teste diante da terceira opção, assim encontrando-se a solução que deveria prevalecer à luz da regra da maioria. Ressalta o autor, porém, que este critério, adotado, como visto, pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acaba por mitigar a fidelidade do julgador ao seu livre convencimento, eis que a opção entre dois votos, quando não em causa o seu próprio, contraria a solução que ele próprio daria à causa, já manifestada no voto proferido mas temporariamente posto de lado para que seja realizado o procedimento para a solução do impasse. Esta constatação, no entanto, não pode ser considerada como suficiente a infirmar a racionalidade do método⁷⁶⁹, já que, de qualquer modo, ainda haverá oportunidade para que, na votação subsequente, manifeste o julgador a adesão à sua solução para a causa, quando confrontada com a que se sagrara vencedora na primeira votação. Não há como negar, contudo, que é de especial

⁷⁶⁷ RITJRJ, Art. 83 - Se, em relação a uma única parte do pedido, não se puder formar a maioria, em virtude de divergência quantitativa, o Presidente disporá os diversos votos, com as quantidades que cada qual indicar, em ordem decrescente de grandeza, prevalecendo a quantidade que, com as que lhe forem superiores ou iguais, reunir votos em número suficiente para constituir a maioria.

⁷⁶⁸ RITJRJ, Art. 84 - Se a impossibilidade de apurar-se a maioria for devida a divergência qualitativa, o Presidente porá em votação, primeiro, 02 (duas) quaisquer dentre as soluções sufragadas, sobre as quais terão de manifestar-se obrigatoriamente todos os votantes, eliminando-se a que obtiver menor número de votos; em seguida, serão submetidos a nova votação a solução remanescente e outra das primitivamente sufragadas, procedendo-se de igual modo; e assim sucessivamente até que todas se hajam submetido a votação. Será vencedora a solução que obtiver a preferência na última votação.

⁷⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944, p. 385, que esclarece o ponto com o seguinte exemplo: “Imaginemos que para la decisión del litigio entre Cayo, que pide el pago del precio de una compraventa, y Ticio, que le excepciona la nulidad del contrato y, subordinadamente, el incumplimiento, uno de los tres jueces del tribunal opina en el sentido de acoger la excepción de nulidad, el outro em el de rechazarla peo acogiendo la excepción de incumplimiento, y el tercero, por último, en el de rechazar ambas excepciones y, por tanto, em el de acoger la demanda; em tal caso, el art. 359 obliga a los tres jueces a escoger, ante todo, entre dos de las tres opiniones y, por tanto, por ejemplo, entre la favorable a la desestimación de ambas excepciones y la favorable a la excepción de nulidad; entonces, como aquella de las dos opiniones que recibe menor número de adhesiones queda eliminada, subsisten como posibles dos opiniones, y de esse modo se asegura la formación de la mayoría absoluta. El precio de esa seguridad consiste en la obligación impuesta a cada miembro del colegio de escoger entre dos opiniones, que pueden no corresponder con la suya, y de ahí que em la necesaria combinación de las distintas voluntades, alguna de ellas se vea obligada a modificarse; esa obligación específica forma parte de la obligación judicial de que hablé a sua tiempo (supra, núms. 272 y 353), y la ley cuenta con su cumplimiento para que el principio de la mayoría absoluta sea aplicado”.

relevância nesse método o papel do Presidente do órgão judicial na condução dos trabalhos da votação, já que a eleição de quais opções devem ser confrontadas, sucessivamente, pode ser um fator determinante no próprio resultado da deliberação.

De outro lado, a proclamação do resultado pelo Presidente do órgão fracionário apresenta relevância também no que toca à possibilidade de modificação de votos pelos membros julgadores. Com efeito, grande parte das virtudes do julgamento colegiado, em especial com relação ao *reforço da cognição* diante do debate e da troca de visões distintas sobre uma mesma controvérsia, se veriam frustradas caso não fosse lícito aos julgadores, no curso da deliberação, modificar o voto já proferido para aderir à posição que, após reflexão, lhes pareça mais consentânea com o direito objetivo e com as provas produzidas. É natural, portanto, que mesmo após o voto proferido oralmente na sessão possa o julgador convencer-se de que há outra solução mais adequada à causa, modificando, assim, sua manifestação inicial⁷⁷⁰. Nem por isso, contudo, há de prolongar-se tal possibilidade indefinidamente, ao menos enquanto ainda se busque, no processo judicial, o atingimento do imperativo de segurança jurídica para os envolvidos no litígio, e, por consequência, a tempestividade da prestação jurisdicional.

Também neste ponto, diante da ausência de regra procedimental geral prevista em lei federal, já que omissa o Código de Processo Civil de 1973, cabe ao Regimento Interno a definição do momento em que cessa a possibilidade de alteração dos votos⁷⁷¹. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o *caput* do art. 85 do Regimento Interno fixa o anúncio do resultado do julgamento, pelo Presidente do órgão fracionário, como sendo o marco definitivo para que haja validamente a retratação do voto⁷⁷². Tal solução veio a ser prevista também no Projeto de Novo Código de Processo Civil, de acordo com a versão aprovada pelo Senado em 2010, cujo art. 896, § 1º, afirma que “os votos poderão ser alterados até o momento da proclamação do resultado pelo presidente”.

⁷⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 677-678, que afirma categoricamente que “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”.

⁷⁷¹ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 109; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 678.

⁷⁷² RITJRJ, Art.85 - Finda a apuração dos votos, o Presidente anunciará a decisão. Nenhum dos votantes, depois do anúncio, poderá modificar seu voto, admitindo-se, porém, que use da palavra pela ordem, a fim de retificar equívoco porventura ocorrido na apuração. § 1º - O Presidente redigirá a minuta de julgamento, nela mencionando a decisão anunciada, o relator designado, se for o caso (art. 89), e os nomes dos votantes vencidos e vencedores e, dentre eles os tiverem manifestado desejo de fazer declaração ou justificação de voto. § 2º - Havendo divergência entre a minuta de julgamento e a decisão, o Órgão Julgador esclarecerá, de ofício, o julgado, o que constará da ata.

Mesmo no regime processual atualmente em vigor, porém, afirma a doutrina que, na *omissão* do Regimento Interno, tem de ser observado, de qualquer modo, o marco do anúncio do resultado pelo Presidente para a possibilidade de modificação dos votos⁷⁷³. Tal tese, que encontra respaldo também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷⁷⁴, tem por fundamento o fato de a proclamação do resultado configurar o momento em que se torna público o julgamento para todos os presentes na sessão, encerrando-se a deliberação colegiada. Segundo consagrada lição⁷⁷⁵, manifestada ao ensejo da crítica a julgamento proferido pelo STF⁷⁷⁶, na realidade a inalterabilidade dos votos seria uma *decorrência necessária* do teor do referido art. 556 do CPC, de vez que toda a utilidade da proclamação do resultado se veria tolhida caso pudessem os julgadores, após isso, modificar as respectivas

⁷⁷³ Nesse sentido, cf. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 109; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 678; e ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 368.

⁷⁷⁴ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RETIFICAÇÃO DO VOTO APÓS PROCLAMADO O RESULTADO DO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que, nos órgãos colegiados dos tribunais, o julgamento se encerra com a proclamação do resultado final, após a coleta de todos os votos. Enquanto tal não ocorrer, pode qualquer dos seus membros, inclusive o relator, retificar o voto anteriormente proferido. Nesse sentido são os seguintes precedentes: HC 22.214/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 25.11.2002, p. 250; REsp 351.881/PB, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 7.6.2004, p. 216; REsp n. 258.649/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.9.2004, p. 173; HC 64.835/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 13.8.2007, p. 393; REsp 1.080.189/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 20.10.2008; AgRg no REsp 704.775/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29.3.2010. 2. Recurso especial provido” (REsp 1086842/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 10/02/2011).

⁷⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, *Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?*, In: *Temas de direito processual*, 7ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 107 e segs.

⁷⁷⁶ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 10.820/92 DO ESTADO DE MINAS GERAIS - PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA - TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL - EXIGÊNCIA DE ADAPTAÇÃO DOS VEÍCULOS - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO DA LEGISLAÇÃO CONCORRENTE - POSSIBILIDADE DE O ESTADO-MEMBRO EXERCER COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA POR DESPACHO - REFERENDO RECUSADO PELO PLENÁRIO. - O legislador constituinte, atento à necessidade de resguardar os direitos e os interesses das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes a melhoria de sua condição individual, social e econômica - na linha inaugurada, no regime anterior, pela E.C. n. 12/78 -, criou mecanismos compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens decorrentes dessas limitações de ordem pessoal. - A Constituição Federal, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente à proteção e à integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) -, deferiu ao Estado-membro, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º). A questão da lacuna normativa preenchível. Uma vez reconhecida a competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal em temas afetos às pessoas portadoras de deficiência, e enquanto não sobrevier a legislação de caráter nacional, é de admitir a existência de um espaço aberto à livre atuação normativa do Estado-membro, do que decorre a legitimidade do exercício, por essa unidade federada, da faculdade jurídica que lhe outorga o art. 24, § 3º, da Carta Política. - QUESTÃO DE ORDEM - Julgamento - Proclamação do resultado - Possibilidade de retificação dos votos já proferidos, desde que na mesma Sessão de Julgamento - Votos vencidos. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal podem, excepcionalmente, modificar os votos que proferiram na resolução da causa, mesmo que já proclamado o resultado da decisão colegiada, desde que o façam, no entanto, no curso da mesma Sessão em que efetuado o julgamento do processo. Voto vencido do RELATOR (Min. CELSO DE MELLO), para quem a retificação dos votos proferidos só se admite dentro de um específico contexto temporalmente delimitado: aquele sob cujo domínio se desenvolveu o julgamento, de tal modo que, concluído este - e anunciado formalmente o respectivo resultado -, tornam-se imodificáveis os pronunciamentos decisórios já manifestados pelos membros integrantes do Tribunal. Entendimento que, embora vencido, encontra suporte no magistério doutrinário de LOPES DA COSTA, MONIZ DE ARAGÃO, JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, COSTA MANSO E JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA” (ADI 903 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1993, DJ 24-10-1997 PP-54155 EMENT VOL-01888-01 PP-00029 RTJ VOL-00166-02 PP-00406).

manifestações, ressalvada a hipótese de correção de erro material com base no art. 463 do Código.

Assim, embora inicialmente seja afirmada a competência do Regimento Interno para dispor sobre o tema na omissão do Código, logo a seguir a tese em prol do marco temporal do anúncio do resultado do julgamento para a modificação dos votos busca amparo na interpretação do art. 556 do Código, o que põe em dúvida, a rigor, a real margem de apreciação do Regimento Interno neste tema. Com efeito, é de se indagar se seria lícito ao Regimento, sob este prisma, definir expressamente momento posterior à proclamação do resultado como limite à alteração dos votos. A resposta, segundo se infere da lição nem sempre clara da doutrina e da jurisprudência, parece ser negativa, sob pena de violação à teleologia do art. 556 do Código, embora ainda remanesça em aberto, ao menos em teoria, a possibilidade de instituir momento *anterior* ao mencionado como marco temporal, quiçá até mesmo a absoluta impossibilidade de qualquer alteração, embora, neste último caso, correndo o risco de assim infringir as próprias razões subjacentes ao julgamento colegiado.

Por fim, a relevância da proclamação do resultado também pode ser aferida no que concerne à definição do regime da impugnabilidade da decisão proferida, ainda que tal ponto não tenha recebido a mesma resposta nos Tribunais de cúpula do país. Com efeito, firmou o Superior Tribunal de Justiça jurisprudência no sentido de que é a proclamação do resultado do julgamento, pelo Presidente do órgão, o marco para o direito intertemporal dos recursos. Assim, diante das alterações no cabimento dos embargos infringentes promovidas pela Lei nº 10.352/01, decidiu a Corte Especial daquele Tribunal que permaneceriam regidas pelas regras anteriores quanto ao cabimento do recurso as decisões colegiadas cujos resultados tivessem sido proclamados antes da entrada em vigor da nova lei, sendo desinfluyente, para o nascimento do direito à impugnação através daquela espécie recursal, que a intimação das partes quanto ao inteiro teor das decisões colegiadas tenha ocorrido já sob a vigência do novo diploma⁷⁷⁷. Contudo, neste mesmo tema a posição do Supremo Tribunal Federal é substancialmente diversa. Com efeito, ao ser analisado o marco temporal para a aplicabilidade do novo requisito da repercussão geral no recurso extraordinário, decidiu-se que apenas deveriam satisfazê-lo os recursos interpostos contra acórdãos cuja *intimação* às partes tenha sido realizada já sob a vigência da Emenda nº 21/07 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que conferiu execução à Lei nº 11.418/06 e à Emenda Constitucional nº

⁷⁷⁷ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL. Na linha dos precedentes da Corte Especial, a lei vigente na data do julgamento, em que proclamado o resultado (art. 556, CPC), rege a interposição do recurso. Embargos de divergência conhecidos, mas não providos” (EREsp 615226/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 23/04/2007, p. 227).

45/04⁷⁷⁸. É manifesta, portanto, a divergência de critérios entre o STJ e o STF, do que decorre insegurança aos jurisdicionados quanto à verdadeira regra intertemporal em vigor no direito processual civil brasileiro.

3.7. O acórdão e a publicação da decisão

Após anunciado o resultado do julgamento na sessão, as etapas finais do procedimento recursal da apelação consistem na redação do acórdão e na intimação das partes quanto ao inteiro teor da decisão.

3.7.1. O regime da elaboração do acórdão

⁷⁷⁸ “I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imaneente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita “à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (Art. 543-A, § 2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser “formal e fundamentada”. 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007” (AI 664567 QO, Relator(a): Min. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-04 PP-00777 RTJ VOL-00202-01 PP-00396 RDDP n. 55, 2007, p. 174 RMP n. 34, 2009, p. 259-279).

A palavra *acórdão*, no direito positivo brasileiro, é polissêmica, de vez que utilizada pelo atual Código de Processo Civil para designar duas ideias distintas do ponto de vista conceitual. Afirma o Código, em primeiro lugar, no art. 163, que “*recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais*”, com isso pretendendo aludir ao resultado da deliberação colegiada⁷⁷⁹. Ao fazê-lo de modo assim absoluto, porém, partiu a lei da aparente premissa de que todo o julgamento nos Tribunais seria, por definição, colegiado, o que não reflete mais a realidade atual diante da crescente *monocratização* dos julgamentos dos recursos⁷⁸⁰. De qualquer forma, já nos arts 164, *caput*⁷⁸¹, 165⁷⁸², 556, *caput* e parágrafo único⁷⁸³, 563⁷⁸⁴ e 564⁷⁸⁵ a figura disciplinada pelo Código através do mesmo termo não reside no julgamento colegiado considerado em si mesmo como ato componente do procedimento recursal, mas sim no texto escrito que o retrata e o registra nos autos⁷⁸⁶. É neste último sentido, portanto, que a palavra *acórdão* será utilizada no presente item, porquanto já tratadas, anteriormente, as etapas do procedimento referentes à deliberação colegiada e à proclamação do respectivo resultado pelo Presidente do órgão fracionário.

A representação escrita do julgamento colegiado é disciplinada pelo Código de Processo Civil de 1973 com atenção especial para dois pontos: (i) o agente a quem competirá redigí-la e (ii) o conteúdo que dela deve constar.

Em primeiro lugar, o art. 556, *caput*, parte final, do Código afirma competir ao Presidente do órgão fracionário designar, após proclamado o resultado do julgamento, o

⁷⁷⁹ A etimologia do termo *acórdão* é explicitada por ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 50, segundo o qual “derivado do termo acordar, na terceira pessoa do plural, o substantivo retrata a convergência de opiniões em que se consubstanciam as decisões dos tribunais”.

⁷⁸⁰ Representa avanço, neste ponto, a redação do art. 171 do Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo Senado em 2010, *verbis*: “Art. 171. Recebe a denominação de acórdão o julgamento *colegiado* proferido pelos tribunais”.

⁷⁸¹ CPC, Art. 164. Os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. Quando forem proferidos, verbalmente, o taquígrafo ou o datilógrafo os registrará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura. Parágrafo único. A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei.

⁷⁸² CPC, Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

⁷⁸³ CPC, Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

⁷⁸⁴ CPC, Art. 563. Todo acórdão conterà ementa.

⁷⁸⁵ CPC, Art. 564. Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de 10 (dez) dias.

⁷⁸⁶ Afirmando a dualidade de sentidos do termo *acórdão* no Código, cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 50; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 681.

redator para o acórdão⁷⁸⁷. Cabe tal papel, de regra, ao relator do recurso, a menos que tenha restado vencido na questão principal analisada no julgamento. Nesta última hipótese, competirá a redação do acórdão ao membro do colegiado que tenha proferido o primeiro voto vencedor, como afirma o art. 89, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷⁸⁸. Caso se torne impossível o cumprimento da regra do art. 556 do CPC, seja por ter deixado o Tribunal o membro ao qual competia a redação, seja por ter este se afastado por mais de trinta dias por motivo de doença sem a lavratura do acórdão, o Presidente do órgão fracionário designará novo redator, que consistirá, segundo dispõe, na omissão do CPC, o parágrafo único do art. 90 do RITJRJ⁷⁸⁹, no primeiro membro do colegiado que tenha votado em igual sentido na maioria vencedora.

No direito brasileiro, assim, e em todas as instâncias, vige regra de caráter objetivo e automático para a designação do redator para o acórdão⁷⁹⁰. Passa-se algo diverso, de outro lado, no direito norteamericano, e em especial na Suprema Corte daquele país. Neste último Tribunal, com efeito, a regra é a de que compete ao *Chief Justice*, quando integrante da maioria vencedora, o poder de designar um dos membros para redigir a “opinião da corte”, podendo reservar para si mesmo essa atribuição. Nos casos em que o Presidente do órgão tenha votado vencido, caberá ao membro mais antigo da maioria o exercício de idêntica competência, nos mesmos termos em que caberia ao *Chief Justice*⁷⁹¹. Por ser de enorme relevância a influência do membro redator sobre o produto final da decisão, pois não é raro que os termos por ele utilizados vinguem no texto definitivo, o ato de designação é visto como

⁷⁸⁷ CPC, Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

⁷⁸⁸ RITJRJ, Art. 89 - O acórdão será lavrado pelo relator do feito; se vencido este em ponto principal do mérito, o Presidente designará para lavrar o acórdão o julgador que houver proferido o primeiro voto vencedor, devendo a designação constar da minuta de julgamento. § 1º - Não influi na designação a eventual adesão de Desembargador que, tendo votado anteriormente, venha a reconsiderar o seu voto, a não ser que se trate do próprio relator. § 2º - Quando a inconstitucionalidade não puder ser declarada por falta de quorum, apesar de acolhida a arguição pela maioria dos votantes, o acórdão será lavrado pelo relator ou, se este a houver acolhido, pelo prolator do primeiro voto no sentido de rejeitá-la.

⁷⁸⁹ RITJRJ, Art. 90 - Se o acórdão não for apresentado na própria sessão de julgamento, deverá sê-lo na seguinte ou havendo justo motivo declarado pelo relator, no prazo de 02 (duas) sessões. Parágrafo único - Se o relator, no prazo previsto no *caput*, deixar o Tribunal, ou dele se afastar por mais de 30 (trinta) dias, por motivo de doença, sem que haja apresentado o acórdão, Presidente designará para lavrá-lo o primeiro julgador que tenha votado em igual sentido, o qual deverá, a partir do recebimento dos autos, fazê-lo no prazo previsto no *caput*.

⁷⁹⁰ Questão tormentosa consiste em definir se o art. 556, parte final, do Código de Processo Civil é válido à luz do âmbito normativo dos Regimentos Internos dos Tribunais. Se respondida negativamente, como parece correto em razão da natureza por demais específica do conteúdo ali disposto, abre-se a oportunidade para que o Regimento Interno formule regra distinta quanto ao modo de designação do redator do acórdão, eventualmente adotando algum dos regimes encontrados no direito comparado.

⁷⁹¹ MALTZMAN, Forrest, SPRIGGS II, James F., e WAHLBECK, Paul J. *Strategy and judicial choice: new institutionalist approaches to Supreme Court decision-making*. In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 52.

uma prerrogativa de valor considerável, a ser exercida de maneira estratégica. Nos casos de maior repercussão, por exemplo, a tendência é que o Presidente reserve para si a redação do texto, a fim de ter um controle provavelmente maior sobre a forma mais ou menos abrangente com que os fundamentos jurídicos serão expostos na decisão a ser firmada como precedente. Já nas Cortes de Apelação do direito norteamericano, a designação do redator do acórdão é geralmente feita de forma aleatória, embora alguns Tribunais excepcionalmente adotem a regra em vigor para a Suprema Corte⁷⁹².

Em segundo lugar, e no que toca ao conteúdo do acórdão, o Código de Processo Civil de 1973 dispõe, no já referido art. 165, que devem ser observados os ditames do art. 458, compondo-se o texto de três elementos: relatório, fundamentação e dispositivo⁷⁹³, sendo considerada válida a utilização da técnica da motivação *per relationem*, pela remissão ao teor de outras peças constantes dos autos⁷⁹⁴. Impõe o art. 563 do Código, ainda, que todo acórdão contenha uma ementa, que sintetiza, logo ao início do texto, a tese jurídica adotada no julgamento, em fórmula preferencialmente concisa⁷⁹⁵. Por fim, devem assinar a peça o relator e todos os demais membros que hajam proferido voto por escrito, sejam eles dissidentes ou concorrentes, como dispõe o art. 94 do RITJRJ⁷⁹⁶.

⁷⁹² BAUM, Lawrence. *American courts – process and policy*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2008, p. 273.

⁷⁹³ CPC, Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

⁷⁹⁴ RITJRJ, “Art. 92. (...) § 4º - Considerar-se-á fundamentado o acórdão que adotar, como razão de decidir, elementos já constantes dos autos, desde que a eles se reporte de modo explícito, com indicação expressa daqueles que o devam integrar”. No sentido do texto, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal: “MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA - DECISÃO FUNDAMENTADA - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - COMPATIBILIDADE DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 93, IX) - CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO RECURSO DE AGRAVO - PRECEDENTES - ATO DECISÓRIO INSUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL (SÚMULA 622/STF) - RECURSO NÃO CONHECIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por entender incabíveis embargos de declaração contra decisões monocráticas proferidas por Juiz da Suprema Corte, deles tem conhecido, quando inócurre hipótese de omissão, obscuridade ou contradição, como recurso de agravo. Precedentes. - Não cabe recurso de agravo contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de mandado de segurança impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação "per relationem", que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes” (MS 25936 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-01 PP-00168).

⁷⁹⁵ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 779; e ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 373.

⁷⁹⁶ RITJRJ, Art. 94 - O acórdão terá a data em que for apresentado, indicando-se nele também a do julgamento e será assinado pelo relator e pelos julgadores que tiverem votos a declarar ou justificar, nos prazos e na ordem previstos nos §§ 1º e 2º do art. 93. § 1º - Revogado. § 2º - Se os que deverem assinar o acórdão, declarar ou justificar o voto, não o puderem fazer por justo impedimento, o relator declarará a circunstância, mencionando, conforme o caso, quem presidiu a sessão e quais os votos vencedores e vencidos. § 3º - Nas declarações de voto vencedor e nas justificações de voto vencido, os prolores mencionarão obrigatoriamente a data em que tiverem recebido os autos para esse fim e aquela em que os devolverem.

O exame da disciplina legal da redação do acórdão no direito brasileiro revela, a rigor, uma insuficiência flagrante em captar todo o aproveitamento possível que tal etapa procedimental poderia acarretar para o julgamento colegiado. Com efeito, inexistente regra que imponha sequer minimamente qualquer traço de interação entre os membros do colegiado na lavratura do acórdão, daí decorrendo, como consequência, sensíveis prejuízos para a promoção das virtudes que o julgamento colegiado se propõe a promover. Não se ignora, por certo, que a redação original do art. 563 do Código, até a entrada em vigor da Lei nº 8.950/94, impunha a conferência dos termos em que lavrado o acórdão na sessão seguinte à que se dera o julgamento⁷⁹⁷, a fim de que o colegiado examinasse a conformidade do texto com as razões que conduziram a deliberação, em regime que já vigorara ao tempo do Código de Processo Civil de 1939⁷⁹⁸. Contudo, tal regra procedimental foi reputada pela doutrina, sob o Código anterior e o atual, de formalidade estéril, eis que solenemente descumprida na prática dos Tribunais⁷⁹⁹.

No contexto atual, assim, a verdade é que a atividade de redação do acórdão sofre de um descompasso marcante com a mecânica da colegialidade, o que pode ser diagnosticado principalmente pelo exame do elemento da fundamentação da decisão (CPC, art. 165 c/c art. 458, II). Segundo a doutrina, o redator do acórdão, ao desempenhar seu mister, deveria observar uma distinção basilar: a existente entre a fundamentação *do acórdão* e a fundamentação *do voto*⁸⁰⁰. Em outras palavras, afirma-se que o texto da decisão colegiada deveria representar com clareza as razões que conduziram a maioria vencedora a se inclinar pelo resultado alcançado, nisso consistindo a mencionada fundamentação do acórdão. Caso entendesse pertinente, segue o argumento, ao redator do acórdão caberia declinar *separadamente* também outros fundamentos que lhe tenham servido de base à formação da convicção, mas que, por qualquer razão, não restaram chancelados pela maioria do colegiado. Desta forma, o redator do acórdão deveria inicialmente se desvestir da convicção pessoal formada para traduzir em palavras exclusivamente o consenso da maioria, redigindo a fundamentação do acórdão, para só então, em separado, declinar eventualmente os

⁷⁹⁷ A redação original do dispositivo era a seguinte: “Art. 563. O acórdão será apresentado para a conferência, na primeira sessão seguinte à do julgamento, pelo juiz incumbido de lavrá-lo”. Após a entrada em vigor da Lei nº 8.950/94, o dispositivo passou a apenas afirmar que “todo acórdão conterá ementa”.

⁷⁹⁸ CPC/39, Art. 880. O acórdão será apresentado à conferência na primeira sessão seguinte à do julgamento, ou no prazo de duas (2) sessões, pelo juiz incumbido de lavrá-lo.

⁷⁹⁹ LIMA, Alcides Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 330; e ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 371-2.

⁸⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 709.

fundamentos mais abrangentes que constavam de seu voto individual⁸⁰¹. Essa separação nítida entre as duas espécies de fundamentação é imposta, por exemplo, pelo art. 92, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸⁰², em típica regra procedimental de natureza específica fundada no art. 96, I, 'a', da Constituição Federal.

Contudo, dificilmente tal modelo ideal de redação é observado na prática. Com efeito, a lavratura do acórdão nos Tribunais nacionais se confunde, de regra, com a elaboração do texto escrito do voto do próprio relator, ao qual são apenas acoplados eventuais votos escritos redigidos pelos outros julgadores, quer sejam divergentes ou concorrentes, com o adendo da ementa determinada pelo art. 563 do Código. Não há a preocupação em consolidar em um único texto escrito a série de razões que informaram a conclusão da maioria vencedora no julgamento; ao contrário, identifica-se a *ratio decidendi* ou apenas da leitura do voto do relator, quando figura isoladamente como única manifestação escrita, ou da interpretação conjugada da pluralidade de votos eventualmente constante dos autos. Assim, mais do que exceção⁸⁰³, o mero acoplamento de votos constitui a regra nos Tribunais brasileiros, resultando mais apropriado, a rigor, falar em redação *de votos* do que de acórdãos.

Alguns efeitos prejudiciais decorrem desta constatação. Em primeiro lugar, pode-se revelar extremamente dificultosa a tarefa de identificar a verdadeira razão de decidir em um julgamento colegiado, o que assume maior relevo diante do crescente papel da jurisprudência no direito brasileiro. Como se tem apontado na doutrina, é inegável que ocorreu uma sensível aproximação entre os sistemas jurídicos de origem anglo-saxônica e romano-germânica, levando ao intercâmbio de institutos e características que antes eram dados por exclusivos de cada qual. Como resultado, o direito brasileiro vive uma progressiva incorporação da força e do valor da jurisprudência como pauta de atuação dos órgãos judiciais e, mais ainda, dos órgãos do poder público de modo geral, como se passa, com relação à Administração Pública,

⁸⁰¹ Ressalva-se, evidentemente, a possibilidade de elaboração de votos dissidentes e concorrentes pelos demais membros do colegiado, como será visto a seguir.

⁸⁰² RITJRJ, Art. 92 - Constarão do acórdão a espécie e o número do processo, os nomes das partes, a exposição dos fatos ou a remissão ao relatório em que forem expostos os fundamentos da decisão, e as suas conclusões, discriminando-se, se for o caso, as questões preliminares ou prejudiciais apreciadas no julgamento, e consignando-se a eventual existência dos votos vencidos, com indicação sucinta da respectiva conclusão. § 1º - Constituirá parte integrante do acórdão a sua ementa, na qual o relator indicará o princípio jurídico que houver orientado a decisão. § 2º - A fundamentação do acórdão será exclusivamente a vencedora, podendo o relator aduzir, antes da assinatura digital do arquivo, como declaração de voto, os fundamentos não acolhidos pela maioria.

⁸⁰³ Parece afirmar o caráter excepcional de tal prática BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 710, ao assinalar que “o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais adotaram o costume de fazer consistir o acórdão, pura e simplesmente, na série de votos proferidos pelos juízes que hajam participado do julgamento”.

após a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁰⁴. Ocorre, porém, que o acatamento da autoridade de um precedente depende, como pressuposto metodológico, que se identifique no caso já julgado a chamada *ratio decidendi*, consubstanciada na tese central que determinou não o resultado ordenado naquela decisão que se examina, mas, sim, o porquê da produção daquele resultado. E é exatamente neste ponto que entra em cena, como vilão ou herói, o modelo de redação da decisão colegiada.

Com efeito, tão mais simples será a análise e a identificação da regra material que ditou a solução do precedente, e que, portanto, deve servir de pauta para futuras decisões, quanto mais fácil seja possível extrair do acórdão um pronunciamento em uníssono da tese vencedora. Favorece tal objetivo o modelo em que a redação do acórdão é produto de discussões e trocas entre os membros do colegiado, extraído-se uma “*opinião da Corte*”, muitas vezes fruto da adesão expressa dos demais ao voto do relator. O traço característico desse modelo, portanto, reside na ideia de síntese, de reunião das posições que devem ser tidas por majoritárias no órgão em *um único texto*. No extremo oposto se encontra o modelo em que cada membro do colegiado apresenta sua manifestação de forma autônoma, sem a preocupação de institucionalizar uma única voz no órgão, como se passa, como visto, no direito brasileiro. É natural que, por conta disso, a tarefa de identificar a *ratio decidendi* acabe por encontrar obstáculos ainda mais árduos do que normalmente já seria inevitável, cabendo ao observador externo o difícil trabalho de identificar o núcleo comum de fundamentos adotados pela maioria vencedora⁸⁰⁵.

Exemplo emblemático dos equívocos que podem advir da atual técnica de redação de acórdãos no direito brasileiro pode ser colhido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, ao julgar a ADPF nº 130/DF, entendeu a Suprema Corte por reputar não

⁸⁰⁴ Lei nº 11.417/06, Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

⁸⁰⁵ Nesse sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 710; EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1651; e SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer – a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 53, que, ao comparar os modelos processuais norte-americano e britânico, assinala: “The extraction of the ratio decidendi is a much more important issue in Great Britain than in the United States, because under traditional British appellate practice, as well as that in some other British Commonwealth countries, there is no requirement that there be a single majority opinion of the court. The three or five or more judges who hear a case typically will each give his own individual opinion. The outcome reached by the majority of those judges is the outcome in the case, but determining what the case stands for is inevitably a process of determining which propositions of law and which rationales attracted the agreement of a majority of the judges. So if Judge A decides for the plaintiff for reasons x, y, and z, and Judge B decides for the plaintiff for reasons p, q and x, and if Judge C decides for the defendant, then the ratio decidendi is x, the reason (and the only reason) shared by a majority of judges. Where this practice of individual opinions does not exist, as it does not in the United States (except to the extent to which an increasingly divided Supreme Court appears to be moving in that direction), the question of determining the ratio decidendi is less complex”.

recepcionada pela Constituição de 1988 a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). A redação do acórdão coube ao relator do processo, Min. Ayres Britto, que, ao elaborar a ementa do julgado, conferiu termos excessivamente amplos à proteção constitucional da liberdade de imprensa, aparentemente proscrevendo mesmo a determinação judicial casuística que impedisse a veiculação de notícias jornalísticas atentatórias aos direitos da personalidade dos envolvidos⁸⁰⁶. Posteriormente, foi ajuizada perante o STF reclamação constitucional contra ordem judicial que impedira veículo de imprensa de noticiar dados relativos a parente de conhecida figura no meio político, fundando-se, como era natural, na aparente preponderância absoluta da liberdade de imprensa sobre os direitos da personalidade, tal como constava da ementa do acórdão da ADPF nº 130/DF. Ao julgar a reclamação, porém, entendeu o Supremo Tribunal Federal por não conhecer do pedido, sob o fundamento de que a *ementa redigida pelo redator do acórdão da ADPF nº 130/DF não refletiria com fidelidade a tese jurídica acolhida pela maioria do colegiado*, de vez que em diversos momentos os votos da maioria haviam salientado a necessidade de harmonização da liberdade de imprensa com outros direitos fundamentais, sem o estabelecimento de uma relação de precedência apriorística⁸⁰⁷.

De outro lado, a técnica de redação do acórdão sem a interação do colegiado também fragiliza a promoção do *reforço da cognição*, que figura dentre as razões subjacentes à colegialidade. É que a redação em separado de cada voto pelos membros do colegiado, sem a necessidade formal de que haja, como regra, uma voz única para a maioria, simplesmente

⁸⁰⁶ Da ementa extrai-se, dentre outras passagens, o seguinte trecho: “A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada” (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020).

⁸⁰⁷ A ementa do julgado da reclamação restou assim lavrada: “LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça” (Rcl 9428, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2009, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-01 PP-00175). Consta do voto do Relator, Min. Cezar Peluso, a seguinte passagem, que, referindo-se ao acórdão da ADPF nº 130/DF, bem demonstra os riscos do regime atual de elaboração do acórdão: “Daquele acórdão nada consta a respeito desse conflito. Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte, o conteúdo semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada. Basta recordar as decisivas manifestações que revelaram a necessidade de ponderação, tendentes a conduzi-los a uma concordância prática nas particularidades de cada caso onde se lhes revele contraste teórico, entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade, como intimidade, honra e imagem, para logo pôr em evidência o desacordo externado sobre a tese da absoluta prevalência hierárquica da liberdade de expressão frente aos demais direitos fundamentais”.

desconsidera o valor epistemológico que a pluralidade de visões pode trazer para o aprimoramento do texto final. Com efeito, se a própria composição do órgão colegiado se volta, como visto acima, para aprimorar a cognição judicial no curso da deliberação, não há motivo para que essas mesmas virtudes não sejam utilizadas também no que concerne à redação do acórdão, evitando erros e expressões ambíguas no texto cristalizado nos autos. Mais do que isso: como se viu no Capítulo 2, um dos fatores presentes na mecânica da deliberação colegiada consiste na perspectiva de *barganha* entre os membros, e que muitas vezes pode render frutos de moderação e, ainda, facilitar a busca pelo consenso no julgamento, fazendo com que cada membro adapte sua manifestação a fim de acomodar também a posição de seus pares, evitando assim a divergência frontal. Através da barganha, é possível que um fundamento aparentemente inofensivo seja retirado do texto da decisão pela perspectiva, revelada pela leitura de outro julgador do colegiado, de que venha a ser utilizado em outras situações não previstas, conduzindo a resultados não intencionados⁸⁰⁸. Todas essas virtudes decorrentes da interação entre os membros do colegiado são simplesmente ignoradas quando se opta por um regime de elaboração de acórdão como o atualmente vigente no direito brasileiro, em que a regra é a redação unilateral dos votos em separado.

No direito comparado, os Estados Unidos da América representam um exemplo interessante de regras para a elaboração de acórdão, e que tende a refletir com mais intensidade os proveitos da colegialidade. Com efeito, após a definição da maioria vencedora e a designação do redator do acórdão, que deve se desincumbir da tarefa em até noventa dias nos tribunais federais de segunda instância, tem início a etapa de circulação do esboço de decisão entre os demais membros do colegiado, sendo que cada julgador tem o prazo de cinco dias para que se manifeste sobre o teor do texto que lhe foi enviado. Aqueles que desejarem elaborar voto dissidente, divergindo da conclusão, ou voto concorrente, anuindo com a

⁸⁰⁸ Na realidade, a interação entre os membros do colegiado na etapa de elaboração do acórdão poderia levar, em teoria, até mesmo à alteração dos votos já proferidos na sessão de julgamento, em razão do esclarecimento de aspectos jurídicos não pensados ao tempo da deliberação. Contudo, a regra doutrinária que impede a alteração dos votos, no direito processual brasileiro, após a proclamação do resultado pelo Presidente, como visto anteriormente neste trabalho, impede este outro possível efeito das regras sobre a lavratura do acórdão. Sobre o ponto no direito norteamericano, em que não vigora o marco temporal idêntico ao brasileiro, cf. CASTANIAS, Gregory A., e KLONOFF, Robert. H. *Federal appellate practice and procedure in a nutshell*, Thomson West Ed., 2008, p. 295, que descreve da seguinte forma os possíveis efeitos da interação entre os julgadores no momento da redação do texto da decisão colegiada, após encerrada a conferência de discussão: “The authoring judge and the judge’s law clerks will return to their chambers and write a draft opinion. Once the authoring judge is satisfied with the draft opinion, he will send it along to his two colleagues. They may, upon reviewing the draft, indicate their concurrence in the opinion. Alternatively, they may make suggestions and offer proposed changes to the substance of the opinion. Minimal stylistic suggestions may be left to law clerk-to-law clerk discussions. All of the votes and judgments that were made at the conference are necessarily tentative; a judge who votes to dissent at conference may find himself ultimately sawyed by his colleague’s draft opinion, or he may be able to suggest and secure sufficient changes to the draft opinion, once it is circulated, that his objections to the judgment are minimized or eliminated, thereby allowing the dissenting judge to join the court’s opinion”. No mesmo sentido, com relação à Suprema Corte dos EUA, cf. NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, p. 420.

conclusão mas divergindo da fundamentação, devem fazê-lo em um prazo de trinta dias⁸⁰⁹. Essa sistemática permite a troca de idéias e o debate não apenas sobre as afirmações feitas no calor da deliberação colegiada, mas também sobre os termos precisos em que será cristalizada, em um texto escrito, a opinião da maioria. Na realidade, tal método consegue refletir com exatidão o esforço colegiado que marca a composição plúrima do órgão julgador, com a colaboração e a coordenação possíveis na atividade de redação do acórdão, de indiscutível relevância para o processo *in concreto* e para a natural evolução do direito como um todo, sem suprimir a alternativa para que cada membro se afaste, quando seja estritamente necessário, da voz única da maioria⁸¹⁰.

Neste cenário, já se mostra possível fazer a distinção teórica entre dois modelos gerais para a redação do acórdão, conforme vem sendo sustentado pela doutrina do direito constitucional: os modelos *agregativo* e *deliberativo*⁸¹¹. O modelo agregativo simplesmente soma as visões individuais de cada membro do órgão, agregando-as por uma espécie de acoplamento, como ocorre atualmente no direito brasileiro. Neste primeiro regime, também chamado de modelo “*seriatim*”⁸¹², em vigor na Inglaterra, na Escócia e na Irlanda do Norte⁸¹³, os votos são proferidos em série, sucessivamente, sendo que cada membro do colegiado elabora sua manifestação de forma absolutamente independente, em um texto por ele mesmo redigido. Tal técnica de redação de acórdãos vigorou na Suprema Corte norte-americana até a gestão do *Chief Justice* John Marshall, que inaugurou a prática de colocar em circulação, internamente, a redação de um texto base para que a respeito dele os

⁸⁰⁹ EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, 2003, p. 1666.

⁸¹⁰ Uma ressalva tem de ser feita na comparação, porém. Com efeito, *não vigora*, no direito processual federal dos EUA, a regra fundamental da motivação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, de modo que é possível, como apontada a doutrina, que em determinados casos, que apresentem maior simplicidade, a decisão do órgão colegiado seja proferida exclusivamente de forma oral na sessão de julgamento, sem que, após isso, siga-se a elaboração de um texto escrito consolidando os fundamentos acolhidos. Sobre o tema, e apontando a crescente prática de prolação de decisões não motivadas nos Tribunais de segunda instância do sistema federal norte-americano, como medida de reação ao volume de casos à espera de julgamento, cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer – a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 184-7. De qualquer modo, quando presente a motivação por escrito da deliberação colegiada no Judiciário federal norte-americano, o regime adotado parece fruir de mais benefícios para o aprimoramento do texto do que o atual modelo brasileiro.

⁸¹¹ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 284 e segs. No direito brasileiro, tais expressões foram originalmente utilizadas, ao que se tem notícia, e embora utilizando os termos de forma mais abrangente para abarcar todo o processo de julgamento – e não apenas a redação do acórdão –, por BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 40 (disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf; acesso em 18.jun.2011).

⁸¹² FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 284.

⁸¹³ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 416.

demais membros da Corte pudessem formular sua adesão ou divergência⁸¹⁴, em um processo complexo que, como analisado no Capítulo 2, envolve também um forte componente de barganha entre os julgadores. Já o modelo deliberativo, como revela a denominação, pauta-se pela virtude mais evidente da composição colegiada dos órgãos recursais, isto é, pela interação entre os julgadores, fazendo com que cada um dos membros do órgão considere a visão do outro no curso do processo de formação do texto da decisão.

São exemplos desse último modelo o já referido sistema norteamericano e, ainda, o direito italiano. Neste último país, o colegiado da Corte Constitucional atua através de duas reuniões, ambas às portas fechadas: a primeira para a votação da solução da causa, de acordo com a sugestão do magistrado relator ou de outra que seja fruto do debate, alcançando-se a aprovação do dispositivo da decisão e nomeando-se um membro para que redija o texto consolidando os fundamentos jurídicos, geralmente a cargo do relator original; e a segunda com a finalidade de discutir, modificar e aprovar a minuta do texto da decisão tal como redigida pelo membro designado. Assim, o texto final acaba sendo fruto de acordos e de compromissos entre os julgadores, sendo que a proibição de que se faça a publicação de votos dissidentes – tanto vencidos quanto concorrentes⁸¹⁵ – apenas acentua a necessidade de que o texto final traga a público, sob uma só redação, todas as visões que tenham marcado a deliberação. Este esquema básico, porém, é afastado para as decisões classificadas como “autos interlocutórios”, através dos quais a causa não é julgada de forma definitiva, mas, por exemplo, reenviadas à atuação do juízo *a quo*, considerando-se tais atos aprovados tacitamente pelos julgadores quando apresentada a minuta pelo redator e, no período de cinco dias, não restar requerida por nenhum dos demais a sua leitura em reunião⁸¹⁶.

Cogita-se, na doutrina brasileira, da adoção de modelo em vigor no direito português, por força do qual cabe ao relator do recurso, ao proferir o voto em sessão, já apresentar o “projeto de acórdão”, que se transmudaria em definitivo caso houvesse a concordância dos

⁸¹⁴ NELSON, William E. *The province of the judiciary*, The John Marshall Law Review, vol. 37, 2004, p. 345; ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, nº 48, 1996, p. 48; e GILMMAN, Howard. *The Court as an idea, not a building (or a game): interpretative institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making*. In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 75.

⁸¹⁵ Assim, cf. ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, nº 48, 1996, p. 47-8.

⁸¹⁶ ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, nº 48, 1996, p. 44, sendo que a definição dos “autos” consta das p. 45-6.

demais julgadores⁸¹⁷. Tal proposta, embora tenha o mérito de promover a celeridade na elaboração do acórdão, acaba por potencializar os efeitos prejudiciais da *falsa colegialidade* nos Tribunais, em que, como visto acima, o julgamento colegiado apenas reveste a cognição exercida exclusivamente pelo relator de um *aparente reforço simbólico de legitimidade*, incidindo no mesmo erro do atual regime ao não impor a interação colegiada a respeito do texto definitivo do acórdão do julgamento. Para lidar com o problema da demora na elaboração do acórdão, ademais, há técnica já aventada na nova Lei do Mandado de Segurança, a ser comentada logo adiante, no item 3.7.2, impondo a substituição automática do acórdão pelas notas taquigráficas da deliberação em sessão.

Por fim, cabe tecer breve comentário sobre o regime das notas taquigráficas no direito brasileiro. Consistem elas na representação fiel do debate oral travado entre os julgadores na sessão colegiada, reduzidas a escrito por taquigrafia ou outro meio tecnológico mais avançado. Em tese, portanto, as notas taquigráficas seriam o registro mais verdadeiro dos reais motivos que conduziram o colegiado a adotar tal ou qual posição ao apreciar determinado recurso, revelando o exato teor das manifestações apresentadas na sessão. Porém, e apesar de precedente pontual em mandado de segurança⁸¹⁸, entendem os Tribunais Superiores pela inexistência de direito subjetivo à obtenção das notas taquigráficas da sessão de julgamento, ao fundamento de que os votos por escritos representam na integralidade o posicionamento dos membros julgadores, substituindo os votos orais⁸¹⁹. Como se vê, tal

⁸¹⁷ LIMA, Alcides Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 331-3; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 711.

⁸¹⁸ Conforme noticiado no Informativo nº 453 do Superior Tribunal de Justiça, verbis: “QO. MS. NOTAS TAQUIGRÁFICAS. Depois do julgamento do MS, mas antes da publicação de seu respectivo acórdão, o impetrante, lastreado no art. 103, § 1º, do RISTJ, formulou pedido de que lhe fossem fornecidas as notas taquigráficas do julgamento. Anote-se que não houve a interposição de qualquer recurso quando da publicação daquele aresto ao fundamento de que se esperam as notas. Diante disso, a Corte Especial decidiu, por maioria, fornecer as notas, pois há que resguardar o princípio da publicidade, quanto mais se sopesado o princípio da transparência que rege o Judiciário. Anotou-se que, segundo a Lei do Mandado de Segurança, as notas taquigráficas podem substituir o acórdão se ele não é publicado em trinta dias (art. 17 da Lei n. 12.016/2009). QO na Pet no MS 14.666-DF, Rel. Min. Presidente Ari Pargendler, julgada em 28/10/2010”.

⁸¹⁹ Foi o que decidiram, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE VOTO QUE ADERIU À TESE VENCEDORA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CANCELAMENTO DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO JULGADO. OMISSÃO, CONTRARIEDADE E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE, SALVO HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. ART. 535, I E II, DO CPC. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. 1. As notas taquigráficas são revisadas e devolvidas pelos Ministros no prazo regimental. Durante esse período as manifestações podem ser canceladas pelo Ministro que as houver proferido, hipótese em que não serão publicadas com o acórdão. 2. Não há nulidade na publicação de acórdão sem a juntada de voto vogal que aderiu à tese vencedora do acórdão recorrido e foi cancelado na revisão de notas taquigráficas pelo Ministro que o proferiu. 3. Os embargos de declaração têm pressupostos certos [art. 535, I e II, do CPC], de modo que não configuram via processual adequada à rediscussão do mérito da causa ou à inclusão de matéria não discutida no recurso. São admissíveis em caráter infringente somente em hipóteses, excepcionais, de omissão do julgado ou erro material manifesto. Precedente [RE n. 223.904-ED, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ 18.02.05]. Embargos de declaração rejeitados” (RE 592905 ED, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-08 PP-01783); e “EDCL. VÍCIO. NOTAS TAQUIGRÁFICAS. A Turma rejeitou os declaratórios por entender que a ausência de juntada de notas taquigráficas referentes à sessão de julgamento do decisum não configura

orientação parece incoerente com o marco temporal preclusivo do anúncio do resultado do julgamento para a alteração dos votos: para que se possa controlar a real correspondência entre o voto escrito e o voto oral proferido em sessão, é imprescindível que as partes possam ter acesso à representação real das manifestações ocorridas na votação, sob pena de impedir qualquer controle.

3.7.1.1. A publicidade do voto vencido

Inserida no tema maior da elaboração do texto escrito da decisão colegiada, reside a questão específica do regime da publicidade do voto vencido, e que repercute também na concretização das virtudes do julgamento colegiado. Como já visto, é da perspectiva de discordância que decorre, em particular, a exigência de que a posição da maioria seja pautada pela análise mais acurada das provas e do direito aplicável, na medida em que postos às claras, pela voz dissonante da minoria, os equívocos eventualmente cometidos, com isso promovendo-se, ao final, a finalidade de *reforçar a cognição* exercida no julgamento colegiado. É também em função da presença da minoria durante a deliberação que se coloca em prática a virtude da *contenção do arbítrio individual*, na medida em que visões ideológicas extremadas podem ser mitigadas pela própria perspectiva de um voto vencido no julgamento, como analisado no Capítulo 2 deste trabalho.

Do ponto de vista conceitual, porém, cabe fazer desde logo uma nota distintiva. É que a dissidência pode se manifestar de duas formas diversas: a dissidência *interna* e a *externa*⁸²⁰. Com efeito, a dissidência interna consiste na divergência instaurada no curso da deliberação colegiada, em que um dos membros manifesta posição contrária à da maioria. Já a dissidência externa configura-se quando essa posição minoritária é posteriormente formalizada na forma de um voto escrito trazido a público, que assim se insere como elemento componente do acórdão. No presente tópico, desta forma, o voto vencido será analisado não sob o ângulo da mecânica da deliberação, já estudada anteriormente, mas sim a partir do regime da dissidência

vício sanável por embargos declaratórios, tendo em vista que os votos escritos representam o posicionamento dos julgadores quanto ao caso. Precedentes citados: EDcl no HC 60.366-SP, DJ 18/6/2007, e EDcl na APn 300-ES, DJ 23/10/2007. EDcl no REsp 850.069-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgados em 1º/6/2010. INFO nº 437 do STJ”.

⁸²⁰ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1415.

externa, pelo exame do ato formal de redigi-lo e, posteriormente, de lhe conferir publicidade, de modo a explicitar quais os fatores envolvidos em seu regime jurídico.

Há dois modelos teóricos para o regime do voto vencido⁸²¹: o de ampla permissão para a divulgação do respectivo teor junto às partes e ao público e, no extremo oposto, o de vedação à publicidade externa.

No direito brasileiro, embora não haja regra expressa no Código de Processo Civil, é lícito a qualquer membro do colegiado registrar, sob a forma escrita, o teor de seu voto⁸²², conferindo-lhe a mesma publicidade a ser atribuída à manifestação da maioria. Na verdade, o regime da publicidade do voto escrito pode ser tido como uma decorrência lógica da previsão do recurso de embargos infringentes nos Tribunais de segunda instância: o cabimento e o efeito devolutivo de tal espécie recursal dependem, nitidamente, da presença e da extensão da divergência no julgamento colegiado, o que só pode ser identificado pelas partes através do conhecimento do inteiro teor do voto vencido⁸²³. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a elaboração de voto dissidente tem de observar o prazo de cinco dias contados do recebimento dos autos, como afirma o § 1º do art. 93 do RITJRJ⁸²⁴.

Também nos Estados Unidos da América vigora amplamente a regra da publicidade do voto vencido, embora a permissão nem sempre seja utilizada⁸²⁵. O cenário é igual, de regra, na América Latina, a exemplo de México, Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela⁸²⁶. Também há publicidade no voto vencido no direito japonês⁸²⁷.

⁸²¹ Neste ponto, a expressão voto vencido designa tanto o voto discordante na conclusão do julgamento quanto o voto que, embora concorde na parte dispositiva, adota fundamentação distinta.

⁸²² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 710-711.

⁸²³ CPC, Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

⁸²⁴ RITJRJ, Art. 93 - Na declaração de voto vencedor e na justificação de voto vencido, os prolores evitarão, tanto quanto possível, críticas ou comentários ao acórdão. § 1º - A declaração e a justificação serão feitas no prazo de cinco dias para cada julgador, contados do dia de recebimento dos autos. § 2º - Serão incluídas nos autos, primeiramente, as declarações de votos vencedores, depois as justificações de votos vencidos, obedecida a ordem de votação. § 3º - O arquivo digital do inteiro teor, incluindo o acórdão e todas as declarações de votos e justificações, será assinado digitalmente pelos desembargadores na própria sessão, caso esteja disponível, ou na primeira sessão após a redação do último voto, caso esta ocorra após a sessão de julgamento.

⁸²⁵ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, p. 419. Segundo GINSBURG, Ruth Bader. *Remarks on writing separately*, *Washington Law Review*, Vol. 65, 1990, p. 147, em noventa por cento dos julgamentos dos Tribunais federais de segunda instância nos EUA há unanimidade.

⁸²⁶ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, p. 421.

⁸²⁷ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, p. 422.

As vantagens de tal regime são manifestas. Em primeiro lugar, tornar público um voto vencido pode servir de meio de oxigenação da evolução da aplicação do direito. Como ressalta Frank B. Cross, o contraponto feito por votos dissidentes em julgamento de alta relevância muitas vezes sinalizaram tendências jurisprudenciais que viriam a ser adotadas no futuro⁸²⁸. Não por outra razão o Conselho Consultivo dos Juízes da Europa, em 2008, emitiu opinião, por solicitação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, a respeito dos fatores que influenciam a qualidade das decisões judiciais, a fim de que, com base nisso, fossem avaliados os sistemas judiciais dos países que compõem o órgão. Dentre os fatores apontados, ressaltou-se que a publicação do voto dissidente nos órgãos colegiados funciona como mecanismo voltado a aprimorar o conteúdo das decisões judiciais, facilitando a compreensão de seu teor e prestando contribuição para a progressiva evolução do direito⁸²⁹. A publicação do voto vencido sob a forma escrita também promove a transparência e prestigia de forma máxima o princípio da motivação das decisões, exigindo que cada membro explicita o raciocínio que embasou a formação de seu convencimento em particular. Tem ele de revelar, portanto, para seus pares, para as partes e para o público, as exatas razões que influenciaram a posição assumida no colegiado⁸³⁰. Assim, reputa-se o regime da publicidade externa da dissidência como sendo mais harmonioso com os valores liberais e democráticos, possibilitando o controle público sobre a atuação dos juízes⁸³¹. E, ademais, a orientação necessariamente unânime revela um apreço pela obediência aproximado da lógica que

⁸²⁸ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1415; ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Ano 16, nº 48, 1996, p. 48; e NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 419, com relação aos votos vencidos dos Justices Holmes e Brandeis.

⁸²⁹ Do documento, intitulado “*Opinion no.11 (2008) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions*” (disponível em [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2008\)OPI11&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2008)OPI11&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3); acesso em 07.ago.2011), consta o seguinte trecho: “**c. Dissenting opinions.** 5.1. In some countries judges can give a concurring or dissenting opinion. In these cases the dissenting opinion should be published with the majority’s opinion. Judges thus express their complete or partial disagreement with the decision taken by the majority of judges who gave the decision and the reasons for their disagreement, or maintain that the decision given by the court can or should be based on grounds other than those adopted. This can contribute to improve the content of the decision and can assist both in understanding the decision and the evolution of the law. 5.2. Dissenting opinions should be duly reasoned, reflecting the judge’s considered appreciation of the facts and law”. Em igual sentido, cf. POWELL JR., Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 111: “It is a fortune that our system, unlike that in many other countries, invites and respects the function of dissenting opinions. The very process of dissent assures a rigorous testing of the majority view within the Court itself, and reduces the chance of arbitrary decision making. Moreover, as ‘Court-watchers’ know, the forceful dissent of today may attract a majority vote in some future year”.

⁸³⁰ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 430.

⁸³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Ideologias en el derecho procesal*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 25-6; e NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 415.

presidiu os regimes fascistas, caracterizados pela intolerância e pelo banimento de qualquer questionamento quanto à correção dos atos do poder público⁸³².

O modelo oposto, que veda a publicação de votos vencidos, tem origem mais remota no direito canônico⁸³³. Adota-o o direito alemão, onde a regra é a inexistência de publicidade do voto vencido, com ressalva apenas dos julgamentos do Tribunal Constitucional Federal, onde a redação da manifestação dissidente é permitida⁸³⁴. Também na Espanha apenas há publicidade do voto vencido nos julgamentos do Tribunal Constitucional⁸³⁵. Na Irlanda, passa-se justamente o inverso, sendo vedada a publicidade de votos dissidentes justamente quando em pauta o exame da constitucionalidade das leis na Suprema Corte⁸³⁶. O regime francês também opta, tradicionalmente, por vedar a publicidade do voto vencido, embora provisoriamente abalado no período revolucionário⁸³⁷. A mesma regra vigora no Marrocos e no Egito⁸³⁸.

Como justificativa, afirma-se que a feitura de votos individuais, com o dissenso público que daí advem, pode ser vista como forma de minar a legitimidade do poder judicial⁸³⁹. É que não é de todo incomum, para o cidadão ordinário, enxergar as normas jurídicas como necessariamente capazes de fornecer um único sentido, um único conteúdo para servir de base para a decisão judicial. Afinal, a legalidade, como emanção do princípio do Estado de Direito, consiste em forma de controle e de balizamento da atuação dos agentes públicos, dentre os quais os juízes, o que por certo é mitigado quando reconhecida a possibilidade de que seus atos sejam ditados por força de fatores subjetivos e pessoais, influenciando a opção por uma dentre as possíveis interpretações da lei. Na realidade, porém, e como se sabe, a teoria do direito já afastou desde há muito tal visão simplista da interpretação jurídica, afirmando que em toda interpretação, ainda que pautada pela

⁸³² NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 430-1.

⁸³³ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 415.

⁸³⁴ MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004, p. 333.

⁸³⁵ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 421.

⁸³⁶ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 416.

⁸³⁷ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 421-2; e GINSBURG, Ruth Bader. *Remarks on writing separately*, Washington Law Review, Vol. 65, 1990, p. 133-4.

⁸³⁸ NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 425.

⁸³⁹ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1413-4.

inteligência de textos pré-fixados em atos editados pelo Poder Legislativo, há, necessariamente, um elemento criativo, e por isso mesmo volitivo, de afastamento de um sentido possível em proveito de outro⁸⁴⁰. Contudo, o que povoa o imaginário popular, revelado pelos destinatários da prestação jurisdicional, ainda é uma compreensão monolítica da interpretação, e que na sua própria essência é de difícil conciliação com a possibilidade de que uma mesma norma jurídica possa render frutos a conclusões distintas conforme o intérprete que a analise. O voto dissidente no colegiado, por esse ângulo, consubstancia a proclamação formal de que, à luz do mesmo material probatório e do mesmo direito positivo, mostra-se possível que pessoas razoáveis alcancem conclusão diversa, o que, segundo se afirma, pode levar à fragilização do prestígio da autoridade dos pronunciamentos judiciais⁸⁴¹. Em última análise, como se vê, tal argumento privilegia a aparência em flagrante prejuízo da consciência – e, *a fortiori*, da independência – dos juízes⁸⁴².

De outro lado, é evidente que o tempo necessário para a elaboração de votos apartados, ainda que sem variações quanto à conclusão do voto proferido por outros membros, poderia ser utilizado para a atividade decisória nos demais litígios pendentes de julgamento. Ao final, portanto, a ampla permissão para votos em separado acaba por estimular a dedicação de um tempo precioso, em um cenário de escassez de recursos e da qualidade da prestação jurisdicional, a uma tarefa de pouco resultado prático⁸⁴³.

A opção do sistema brasileiro pela ampla publicidade do voto vencido, em todas as instâncias do Judiciário, mostra-se evidentemente mais proveitosa do que a alternativa pelo segredo. Com efeito, todas as vantagens acima aludidas a respeito do regime da publicidade do texto da dissidência superam em muito as supostas virtudes da vedação à divulgação, que tem por base uma visão formalista do direito, privilegiando a aparência sobre o valor democrático da divergência. Ressalte-se, por fim, que nenhum dos riscos aludidos anteriormente no item em que tratada a publicidade da deliberação – *divergência interna* – repercutem com igual impacto no regime da publicidade do voto vencido – *divergência externa*: ao contrário, mesmo que adotada a sistemática da deliberação preparatória a portas

⁸⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 260 e segs.

⁸⁴¹ Essa visão é narrada inicialmente por GINSBURG, Ruth Bader. *Remarks on writing separately*, Washington Law Review, Vol. 65, 1990, p. 133, para a seguir criticá-la.

⁸⁴² NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 430, citando, neste ponto, passage de Piero Calamandrei.

⁸⁴³ CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, Northwestern University Law Review, vol. 103, 2009, p. 1416; e ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, nº 48, 1996, p. 48, que fala em um aumento excessivo na carga de trabalho em razão da elaboração de votos dissidentes.

fechadas, a possibilidade de redação de votos vencidos tem de continuar a funcionar como um fator de controle popular da atuação dos juízes, que devem prestar contas racionalmente da postura adotada no colegiado, como expressão do dever constitucional de motivação (CF, art. 93, IX)⁸⁴⁴.

Embora, como visto, o regime processual brasileiro atual seja já bastante progressista no que toca ao voto vencido, é digna de nota a alteração que neste tema pretende promover o Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo Senado Federal em 2010. Com efeito, atualmente os Tribunais Superiores, em clara manifestação de jurisprudência defensiva, rejeitam a relevância do voto vencido eventualmente constante do acórdão recorrido para fins de satisfação do requisito de admissibilidade do prequestionamento, indispensável para a apreciação dos recursos especial e extraordinário⁸⁴⁵. Superando tal orientação, o art. 893, § 3º, do Projeto impõe necessariamente a consideração do teor do voto vencido na análise do prequestionamento⁸⁴⁶, em medida voltada a combater o apego formalista no exame de admissibilidade dos recursos excepcionais.

3.7.2. A intimação da decisão

Elaborado o acórdão, a última etapa do procedimento recursal ordinário consiste na intimação das partes quanto ao teor da decisão. Segundo o art. 506, III, do Código de Processo Civil, a referida intimação ocorre através da publicação do dispositivo do acórdão no Diário Oficial⁸⁴⁷, a ser providenciada de imediato pela Secretaria do órgão fracionário assim

⁸⁴⁴ Em outras palavras, a defesa da deliberação a portas fechadas não é incompatível com a manutenção da regra da publicidade do voto vencido, já que esta última funcionará como instrumento de contenção do arbítrio e de viabilização do controle público sobre a atividade jurisdicional.

⁸⁴⁵ Confira-se, exemplificativamente, a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal: “CONSTITUCIONAL. VOTO VENCIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VOTO DE QUALIDADE. FUNDAMENTO EM NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. REMESSA AO PLENO. INDEFERIMENTO. REGIMENTAL IMPROVIDO. I - O prequestionamento requer que, na decisão impugnada, haja sido adotada explicitamente a tese sobre a matéria do recurso extraordinário. II - Se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido, isoladamente, tratou do tema constitucional suscitado no RE, não se tem por configurado o prequestionamento. Precedentes. III - O Tribunal de origem decidiu a questão relativa ao voto de qualidade com base em normas infraconstitucionais, o que torna inviável o recurso. IV - Indeferimento de questão de ordem no sentido de se remeter o caso ao Pleno. V - Agravo regimental improvido” (AI 682486 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-10 PP-01874 RTJ VOL-00205-02 PP-00935).

⁸⁴⁶ Projeto de Novo CPC, Art. 896, § 3º. O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

⁸⁴⁷ CPC, Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência; II - da intimação às partes, quando a sentença não for

que apresentado o texto da decisão, como determina o *caput* do art. 95 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸⁴⁸. Também aqui, tal como já visto com relação à intimação prévia da pauta de julgamento, tem de ser observado o § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil⁸⁴⁹, a fim de que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação, para que tenha validamente início a fluência do prazo para interposição de eventual recurso contra a decisão da apelação, como, desde que cabíveis, embargos infringentes ou recursos especial e extraordinário⁸⁵⁰.

O Código de Processo determina, no art. 564⁸⁵¹, que a publicação das conclusões do acórdão ocorra em até dez dias, contados da data da restituição dos autos, pelo relator ou pelo último membro a lançar voto escrito, à Secretaria⁸⁵². A previsão do referido prazo em lei, porém, não é suficiente para pôr fim à morosidade na redação e na publicação dos acórdãos no Poder Judiciário brasileiro. Com efeito, e avançando além do que define o CPC, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, dentre as Metas Prioritárias para o Judiciário no ano de 2010, a diretriz de que os acórdãos sejam publicados em até dez dias contados da sessão de julgamento – e não, ressalte-se, da devolução dos autos. Conforme divulgado em pesquisa recente, na realidade apenas 39,95% dos acórdãos publicados no mês de dezembro de 2010 tinham observado a referida meta. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, apenas 13,12% dos acórdãos haviam sido publicados em até dez dias contados da data da sessão de julgamento⁸⁵³.

proferida em audiência; III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no § 2º do art. 525 desta Lei.

⁸⁴⁸ RITJRI, Art. 95 – Apresentado o acórdão, o Secretário providenciará imediatamente a sua publicação e, uma vez decorrido o prazo recursal dos advogados, se for o caso, dele dará ciência ao Ministério Público e a Defensoria Pública. Parágrafo único - Quaisquer questões posteriormente suscitadas, salvo por embargos de declaração, serão resolvidas pelo Presidente do Órgão Julgador, ressalvadas, as hipóteses do art. 136 e seus §§ 1º e 2º.

⁸⁴⁹ CPC, Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial. § 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação. § 2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso será feita pessoalmente.

⁸⁵⁰ Como não se ignora, os Tribunais Superiores têm adotado, em um claro exemplo de “jurisprudência defensiva”, a tese formalista da inadmissibilidade do recurso interposto antes da data de intimação do acórdão recorrido, reputando-o “premature”, o que dificilmente se harmoniza com a instrumentalidade das formas no processo civil. Sobre o tema, que extravasa os limites deste trabalho, cf. BARBOSA MOREIRA, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 274-5; e FARIA, Márcio Carvalho. *Os requisitos sensíveis de admissibilidade dos recursos excepcionais e o papel dos tribunais superiores*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, 2009.

⁸⁵¹ CPC, Art. 564. Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de 10 (dez) dias.

⁸⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 714.

⁸⁵³ Os dados da pesquisa podem ser consultados em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI132892.51045-Meta+do+CNJ+que+determina+publicacao+de+acordaos+em+ate+10+dias>, acesso em 05.ago.2011.

Medida mais eficaz para atingir o mesmo fim parece ser a prevista no art. 17 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Tal dispositivo institui técnica objetiva de controle da celeridade na publicação de acórdãos, determinando que as notas taquigráficas do julgamento em sessão, independentemente de revisão, façam as vezes do acórdão caso não publicado este em até trinta dias da data do julgamento⁸⁵⁴. A mesma linha foi adotada pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pelo Senado em 2010, que, embora repita inicialmente o teor do atual art. 564 no § 1º do art. 897, no dispositivo seguinte, isto é, no § 2º do art. 897 do Projeto, prevê a substituição do acórdão pelas notas taquigráficas caso não ocorra a publicação daquele em até trinta dias contados da sessão de julgamento⁸⁵⁵.

De qualquer modo, certificando-se a ausência de interposição de recurso contra o acórdão da apelação, a providência a ser tomada na sequência consiste na baixa dos autos ao juízo de origem, como determina o art. 510 do CPC⁸⁵⁶, que melhor se situaria no Capítulo “Da Ordem dos Processos no Tribunal”⁸⁵⁷, e o art. 96 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸⁵⁸, encerrando-se, assim, o procedimento recursal ordinário da apelação.

⁸⁵⁴ Lei nº 12.016/09, Art. 17. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

⁸⁵⁵ Projeto de Novo CPC, Art. 897. Os votos, os acórdãos e os demais atos processuais podem ser registrados em documento eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo, quando este não for eletrônico. § 1º Todo acórdão conterà ementa. § 2º Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de dez dias. § 3º Não publicado o acórdão no prazo de um mês, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão.

⁸⁵⁶ CPC, Art. 510. Transitado em julgado o acórdão, o escrivão, ou secretário, independentemente de despacho, providenciará a baixa dos autos ao juízo de origem, no prazo de 5 (cinco) dias.

⁸⁵⁷ Nesse sentido, cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 273; e, também categoricamente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 389-390, para quem “trata-se de regra concernente ao procedimento recursal no órgão ad quem, ou mais precisamente ao derradeiro instante desse procedimento. O lugar próprio seria o Capítulo VII (‘Da ordem dos processos no tribunal’), onde o dispositivo deveria figurar por último, após o art. 564, deslocando-se para antes o art. 565”.

⁸⁵⁸ RITJRJ, Art. 96 – A Secretaria certificará nos autos a data da publicação do acórdão no órgão oficial e antes da baixa dos processos à instância de origem, se for o caso, a não interposição de recurso. Parágrafo único - Antes da baixa dos processos à instância de origem, a Divisão de Comunicações, se for o caso, certificará a não interposição de recurso.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo examinar de forma crítica, no cenário de crise da Justiça civil instaurado após as últimas décadas do século XX, o procedimento de julgamento colegiado dos recursos nos Tribunais brasileiros, representado essencialmente pelo protótipo do recurso de apelação. A análise promovida se baseou em dois ângulos teóricos, consistentes (i) nas garantias fundamentais do processo e (ii) nas razões subjacentes à colegialidade, para que assim fossem identificados os pontos virtuosos e as imperfeições que permeiam o procedimento recursal, entendido como tal a sequência legalmente prevista de atos necessários para o julgamento dos recursos, bem como o conjunto de requisitos formais que incidem sobre o modo de ser e a validade de cada um desses atos, considerados em si mesmos.

De início, estabeleceu-se a premissa de que o julgamento colegiado, sob o ângulo teórico, visa à promoção (i) de *reforço na cognição judicial*, (ii) de *aprimoramento da independência dos julgadores* e (iii) de *contenção do arbítrio individual*. Paralelamente, foi feita a exposição quanto à centralidade das garantias fundamentais do processo no cenário atual do direito processual civil, resultado da incidência dos valores democráticos do segundo pós-guerra sobre a atividade do Poder Judiciário. Definiu-se, ainda, o domínio normativo próprio para a atuação dos Regimentos Internos dos Tribunais no procedimento recursal, aos quais cabe, à luz do art. 96, I, 'a', da Constituição Federal, a edição de *regras procedimentais específicas*, respeitadas as normas gerais editadas pela União com base no art. 24, XI, da Constituição, e sem prejuízo, ainda, da validade da técnica das denominadas *delegações remissivas* eventualmente operadas pela lei federal às disposições regimentais.

Como resultado da pesquisa, foram identificados diversos aspectos em que o procedimento do recurso de apelação, de acordo com o regime do Código de Processo Civil

de 1973, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, ainda, com as normas previstas no Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado Federal em 2010, não se harmoniza com as premissas teóricas pelas quais deveria se pautar, muitas vezes resultando em um mero batismo simbólico de aparente legitimidade da convicção formada apenas pelo relator.

A distribuição dos recursos, desdobrada em aspectos procedimentais e de conteúdo, subordina-se, diante da lacônica disciplina do art. 548 do CPC, preponderantemente às regras previstas nos Regimentos Internos dos Tribunais. Tal etapa do procedimento recursal é marcada por déficits garantísticos principalmente no que concerne ao princípio da publicidade processual, diante da progressiva instituição da técnica de distribuição eletrônica, que confere publicidade somente ao resultado da atividade, e não ao antecedente, o que apenas pode ser compatibilizado com a Constituição Federal se viabilizado o controle externo mediante auditorias aleatórias e, quanto às partes, a possibilidade de provocação do controle técnico a qualquer tempo sobre a lisura do ato de distribuição. De outro lado, a especialização temática dos órgãos julgadores tem de ser realizada com a devida prudência pelas disposições regimentais, de vez que, se por um lado promove a eficiência na prestação da jurisdição, pode resultar, no extremo, na violação aos princípios do juiz natural e da imparcialidade, à luz do risco concreto de criação de nichos de mais fácil aliciamento pelos grandes litigantes setoriais.

Cabe ao relator o papel de condutor do procedimento recursal até a deliberação colegiada. Diante da omissão do Código de Processo Civil em disciplinar a multiplicidade de atos assim praticados, de que são exemplos as providências tendentes a sanar nulidades e a produção de provas em segundo grau, há largo espaço para a flexibilização do procedimento por decisão do relator, o que tem de ser feito com a estrita observância da garantia do contraditório participativo, intimando-se as partes a respeito do planejamento do procedimento a ser seguido, sob pena de configuração de surpresa processual. Ademais, a elaboração e a divulgação prévia do relatório nos autos, determinada pelo art. 549, *caput* e parágrafo único, do CPC, devem ser concebidas como oportunidade procedimental para o exercício do denominado *dever de advertência* pelo julgador com relação às partes, em um autêntico diálogo humano, cabendo ao relator explicitar as questões que, suscetíveis de ofício, possam influir sobre o julgamento do recurso, a fim de que também sobre elas seja exercida a garantia do contraditório participativo. De outro lado, a omissão do Código em instituir uma audiência em segundo grau antes da sessão de julgamento abriu caminho para a completa desformalização do procedimento recursal através de encontros unilaterais do julgador com os advogados das partes, configurando exercício informal da oralidade nos Tribunais que, a

rigor, deveria ser harmonizado com a garantia do contraditório participativo, na vertente da audiência bilateral, e com traços mínimos de oficialidade, inerente à natureza verdadeiramente processual de tal ato e à incidência do princípio da publicidade processual.

O regime do revisor nos Tribunais revela a face mais marcante do descompromisso do procedimento recursal com as razões teóricas que lhe são subjacentes. Com efeito, ao definir em quais casos tem de ser feita a remessa dos autos ao revisor (CPC, art. 551) e a distribuição de cópias do relatório entre os demais membros julgadores (CPC, art. 553), o Código de Processo Civil tolera, por exclusão, que na absoluta maioria dos casos a convicção dos vogais seja formada sem qualquer exame prévio das petições escritas apresentadas pelas partes nos autos, das provas produzidas e, ainda, da decisão recorrida, decorrendo apenas do que lhes exponha o relator oralmente na sessão e, quando cabível, a sustentação oral das partes. Tal sistemática mina por completo as finalidades de promover o *reforço na cognição judicial* e a *contenção do arbítrio individual* através do julgamento colegiado, de vez que as três visões supostamente distintas sobre a causa resultam, em última análise, do exame dos autos feito por um único julgador, consagrando o *senhorio do relator*. Assim, a deliberação colegiada, para que não terminasse por representar apenas a chancela formal da convicção formada pelo relator, deveria ser subsidiada com o exame dos autos feito de modo independente por cada julgador, que desta forma teriam elementos para a formação dos respectivos convencimentos com a segurança necessária para a troca de idéias: todos, ao fim e ao cabo, deveriam ser revisores, e isso em qualquer hipótese de julgamento colegiado.

A relevância da pauta de julgamentos da sessão colegiada tem de ser compreendida sob dois ângulos. Em primeiro lugar, extrai-se da garantia do contraditório participativo, ao impor a efetividade dos atos de comunicação processual, que a regra da intimação prévia das partes quanto à data de realização do julgamento não pode ser afastada por disposição legal ou regimental, como se passa, atualmente, com os julgamentos “em mesa” de embargos de declaração e de agravos internos, que padecem de flagrante inconstitucionalidade diante do *direito a um dia na Corte*. Por decorrência dessa conclusão, impõe-se ainda um controle rígido sobre o regime do adiamento das sessões de julgamento, que não pode subordinar as partes à surpresa processual pela retomada do julgamento sem qualquer balizamento que estabeleça parâmetros mínimos de previsibilidade, seja pela adoção, por analogia, dos §§ 2º e 3º do art. 555 do CPC, seja pela orientação em voga atualmente no Superior Tribunal de Justiça, que fixa em três sessões o limite para a dispensa de nova intimação da pauta para o julgamento. Em segundo lugar, o atual regime da pauta das sessões mostra-se frágil por representar um reduto incontrolável de arbitrariedade do Presidente do órgão fracionário, de

vez que a eleição dos casos que, em igualdade de condições, merecerão apreciação do colegiado, no universo de todos os possíveis, é feita sem balizas legais ou regimentais dignas de nota.

A prerrogativa de realização da sustentação oral em sessão deve ser dimensionada de acordo com a atual mecânica do julgamento colegiado. Do ponto de vista teórico, não parece possível extrair, em qualquer tempo e espaço, um direito fundamental à sustentação oral como decorrência da garantia do contraditório participativo, de vez que também através de atos escritos se mostra possível, em tese, a influência sobre a convicção dos julgadores. Como, porém, no sistema processual atual a cognição dos membros vogais do colegiado é formada exclusivamente com base na exposição oral feita pelo relator, sem qualquer exame prévio dos atos postulatórios escritos, a efetividade da garantia fundamental do contraditório impõe, sim, o reconhecimento da participação dos litigantes através do único meio capaz de influir, do ponto de vista prático, sobre a convicção dos demais membros do colegiado, deduzindo oralmente seus argumentos da tribuna. Assim, a fundamentalidade da sustentação oral, como solução paliativa, é consequência necessária do déficit cognitivo do julgamento colegiado, a inquirir de inválidas as exclusões operadas pela lei (CPC, art. 554) e pela jurisprudência, a exemplo do agravo interno. De outro lado, parece criticável a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 1.105/DF, ao considerar violadora do contraditório disposição legal que autorizava a sustentação oral após o voto do relator, sob o frágil argumento de que o contraditório se estabeleceria apenas entre as partes, e não com relação ao juiz. A concepção moderna da garantia do contraditório participativo demanda postura ativa do juiz na construção de um diálogo humano com as partes, buscando a solução correta para a causa com a colaboração direta dos interessados. E, do ponto de vista teórico, como afirmado pelo voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence, a garantia do contraditório é respeitada tanto através da sustentação oral antes como após o voto do relator, de modo que cabia ao Supremo Tribunal Federal agir com deferência à escolha política manifestada pelo legislador democrático nesta seara.

A etapa da deliberação colegiada é composta pelo debate e pela votação entre os membros que compõem a turma julgadora. Na definição desta última, a tese consolidada no enunciado nº 252 da Súmula do STF incorre em flagrante violação à garantia da imparcialidade, eis que não subsistem atualmente os motivos que conduziram à tolerância com a participação, na apreciação de ação rescisória e de embargos infringentes, de julgadores que tenham proferido o ato jurisdicional impugnado, em exemplo claro de incompatibilidade vedada pelo art. 134, III, do CPC. Além disso, a composição da turma julgadora por juízes

convocados, embora, como afirma a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não configure ofensa à garantia do juiz natural, representa fragilização da garantia da independência dos julgadores que compõem o órgão colegiado, notadamente diante da perspectiva de promoção por mérito, a inibir a adoção de postura eventualmente divergente no colegiado frente aos riscos para o futuro funcional do juiz.

A incidência do princípio da publicidade processual na deliberação, que encontra variáveis modelos no direito comparado, atrai consequências evidentes sobre a promoção das virtudes da colegialidade. Por um lado, a ampla publicidade dos debates satisfaz o anseio de controle popular sobre a atuação dos juízes, submetidos à vigilância da crítica pública. De outro lado, porém, o sigilo nas deliberações permite a assunção de postura mais sincera na troca de visões sobre o tema a ser decidido, sem a *teatralização* muitas vezes presente diante do auditório, com incremento para a cognição do colegiado e para a independência dos julgadores. Não parece lícito cercear a reflexão teórica sobre as vantagens e desvantagens de cada um desses modelos com base apenas na interpretação do art. 93, IX, da Constituição Federal, de vez que nunca vigorou em termos verdadeiramente absolutos a publicidade processual no direito processual brasileiro, sendo, na realidade, concretizada em diversos níveis com relação ao termo “*juízos*” previsto no referido dispositivo constitucional. Assim, não representam ofensa ao princípio constitucional da publicidade as propostas de fracionamento da sessão de julgamento em dois momentos distintos: o primeiro destinado à exposição do relator e à oitiva das partes, e o segundo à divulgação da votação, realizando-se entre ambos a deliberação a portas fechadas, desde que, invariavelmente, seja assegurada a ampla publicidade no que concerne ao teor dos votos proferidos, como emanção dos princípios da motivação e do Estado Democrático de Direito. Na realidade, o maior ataque à garantia da publicidade vem sendo realizado cotidianamente pelos Tribunais nacionais através dos conhecidos “juízos por pilhas”, minando qualquer margem de controle social. De outro lado, todo o proveitoso debate acadêmico e político que deveria ocorrer a respeito do regime da publicidade na deliberação colegiada, como antecedente de eventual alteração legislativa, vem sendo posto de lado pela mera instituição, em normas regimentais ou em Resoluções, de deliberações virtuais nos Tribunais de segunda instância, sem qualquer autorização, ainda que indireta ou por remissão, em dispositivo de lei federal, configurando evidente desrespeito às normas gerais previstas no Capítulo “Da Ordem dos Processos no Tribunal” do CPC, em especial os arts. 555, §§ 2º e 3º, e 556, *caput*, que ainda impõem o debate e a prolação dos votos em sessão.

A proclamação do resultado da votação pelo Presidente do órgão fracionário é definida, pela doutrina e para a jurisprudência, como o marco temporal final para a alteração dos votos pelos membros que compõem a turma julgadora, embora seja dúbia a afirmação quanto ao limite de que dispõe, nesse tema, o Regimento Interno dos Tribunais para instituir regra procedimental em sentido diverso. Além disso, há parcial divergência entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com relação ao momento em que se define o regime da recorribilidade de determinada decisão, consistente, segundo o primeiro Tribunal, na proclamação do resultado, ao passo que a Corte Suprema firmou orientação no sentido que se trataria, a rigor, da data em que ocorre a intimação do acórdão.

O regime atualmente em vigor para a elaboração do acórdão, embora aparentemente singelo, revela um flagrante descompasso com as virtudes da colegialidade. É que simplesmente não há, a rigor, qualquer interação entre os membros do colegiado a respeito do texto final da decisão, diversamente do que se passa em alguns modelos do direito comparado. Tal constatação repercute diretamente sobre a busca do aprimoramento da decisão, através da *barganha* a respeito do texto entre os julgadores, e na identificação da *ratio decidendi* subjacente aos votos da maioria, notadamente em um cenário em que o precedente judicial assume progressivo relevo no direito brasileiro. De outro lado, dentre os regimes cogitáveis para a publicidade do voto vencido, optou o direito brasileiro pelo da ampla divulgação do respectivo teor, em inclinação voltada a promover os valores liberais e democráticos na prestação da jurisdição. E, ao final, a intimação das partes quanto ao acórdão de julgamento, muitas vezes reputada como causa de morosidade no procedimento recursal, vem sendo alvo de medida criativa tendente à promoção da duração razoável do processo, determinando-se a automática substituição do texto da decisão pelas notas taquigráficas da sessão de julgamento.

Em suma, o procedimento recursal que conduz ao julgamento colegiado da apelação, no direito processual civil brasileiro, é marcado por múltiplos pontos em que não há (i) a devida observância das garantias fundamentais do processo e (ii) a efetiva promoção do *reforço da cognição judicial*, da *independência dos julgadores* e da *contenção do arbítrio individual*. E é por essa razão que se impõe a incessante busca, através da reflexão acadêmica, da efetivação de uma visão humanizada e democrática do processo civil, que recoloca, mesmo diante do cenário de crise da Justiça civil, o foco na centralidade do indivíduo no exame de qualquer instituto que componha a atividade estatal de prestação da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. *Mídia e processo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

ALMADA, Roberto José Ferreira de Almada. *A garantia processual da publicidade*, São Paulo: Ed. RT, 2005.

ALVIM, Thereza. *A organização judiciária e o Código de Processo Civil – competência em razão do valor*, Revista de Processo, ano I, nº 03, jul.-set./1976, p. 32-37.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Ed. G.Giappichelli, 1988.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____, *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*, Valência: Tirant lo blanch, 2008.

AROCA, Juan Montero. *La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudência del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre*

incompatibilidad de funciones en el mismo proceso), In: *Processo (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 659-688.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, Rio de Janeiro: s/Ed., 1968.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____, *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 39-54.

_____, *Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 199-210.

_____, *O problema da duração razoável dos processos: premissas para uma discussão séria*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 367-377.

_____, *Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, In: *Temas de direito processual*, 2ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 66 e segs.

_____, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: *Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV*, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 79-89.

_____, *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

_____, *O procedimento sumaríssimo*, In: *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1974, p. 123-133.

_____, *O procedimento ordinário*, In: *Estudos sobre o novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1974, p. 98-122.

_____, *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*, In: *Estudos de direito processual constitucional – homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos*

como pesquisador do direito, (org.) Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, pp. 47-55.

_____, *Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?*, In: *Temas de direito processual*, 7ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 107 e segs.

_____, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, In: *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 267-282.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito devolutivo da apelação civil*, São Paulo: Ed. RT, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 61-119.

_____, *Transporte ferroviário, federação e competências em matéria ambiental*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 413-463.

_____, *Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo decreto nº 2.745/98*, In: *Temas de direito constitucional*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 295-323.

_____, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporânea*, (disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf; acesso em 18.jun.2011).

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton University Press, 2008.

_____, *American courts – process and policy*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2008.

_____, *Specializing the Courts*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Nulidades processuais e apelação*, In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 403-429.

BENCKE, Carlos Alberto. *A sustentação oral perante o tribunal no processo civil: proposição de uma reflexão crítica*, In: *Revista de Direito da UNISC*, n. 17, p. 33-56.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

_____, *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 21, 1994, p. 48.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BIX, Brian. *Jurisprudence – theory and context*, Durham: Carolina Academic Press, 2009.

BRAÑAS, Carlos Martín. *La oralidad y la segunda instancia civil*, disponível em <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp18mar.pdf>, acesso em 27.jul.2011.

BRUN, Iñaki Riaño. *La oralidad y la segunda instancia*, disponível em <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp22ria.pdf>.

BUERGENTHAL, Thomas. *Comparative study of certain due process requirements of the european human rights convention*, *Buffalo Law Review*, vol. 16, 1966, p. 18-54.

CALAMANDREI, Piero. *Vicios de la sentencia e médios de gravamen*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 421- 464.

_____. *Apuntes sobre la “reformatio in peius”*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 296-307.

_____. *La sentencia subjetivamente compleja*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 467-509.

_____. *La casación civil, Tomo II – bosquejo general del instituto*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

_____. *A distração dos juízes como motivo de nulidade do julgamento*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI135818,91041-a+distracao+dos+juizes+como+motivo+de+nulidade+do+julgamento>, acesso em 26.jul.2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro, e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. *Procedure Orale et Procedure Ecrite*, Milano: Giuffrè, 1971.

_____, *Las garantias constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1974, p. 525-70.

_____, *Ideologias en el derecho procesal*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 03-31.

_____, *Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974, p. 273-284.

_____, *Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 91-114.

_____, *Derecho de acción y de defensa y funcion concretadora de la jurisprudência constitucional*, In: *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 477-486.

_____, *General Report: Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, In: *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, (org.) Mauro Cappelletti e Denis Tallon, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 661-771.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil, v. III – Actos del proceso*, Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944.

CARRINGTON, Paul D. “Substance” and “procedure” in the rules enabling act, *Duke Law Journal*, nº 2, vol. 1989, 1989, p. 281-327.

CARP, Robert A., STIDHAM, Ronald, e MANNING, Kenneth L. *Judicial process in America*, Washington D.C.: CQ Press, 2011.

CARVALHO, Fabiano Carvalho. *Poderes do relator nos recursos – art. 557*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa – contribución al estudio de los fines del proceso*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CHASE, Oscar G. Chase e HERSHKOFF, Helen (eds.). *Civil litigation in comparative context*, ed. Thomson/West, 2007.

CHASE, Oscar. *Law, culture, and ritual – disputing systems in cross-cultural context*, New York: New York University Press, 2005.

_____, *Civil litigation delay in Italy and the United States*, In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 36, 1988, p. 41-87.

_____, *Compreendendo o cerimonial judicial em uma perspectiva comparatista*, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 81, 2009, p. 90-98.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CLAYTON, Cornell W. & GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, University Of Chicago Press, 1999.

COHEN, Jonathan Matthew. *Inside appellate courts – the impact of court organization on judicial decision making in the United States courts of appeals*, The University of Michigan Press, 2002

COHENDET, Marie-Anne. *La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, nº 68, ed. PUF, Paris, p.713/736.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2004.

_____, *Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa*, *Revista de Processo*, vol.116, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 97-166.

_____, *Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani*. *Revista de Processo*, vol. 112, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 159-176.

CONTE, Francesco. *Constituição Federal de 1988. Artigo 24, inciso XI – União, Estados e Distrito Federal. Competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual – Fim do Código unitário de processo civil*, ADV – Advocacia dinâmica – Seleções jurídicas, dez./1990, p. 3-8.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires: Depalma, 1993.

_____, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil, Tomo I – La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 17-95.

CROSS, Frank B. *Collegial ideology in the courts*, In: *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009, p. 1399-1426.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A lição de Calamandrei, os vasos comunicantes e o direito do advogado ser recebido pelo Magistrado*, *Revista do Advogado*, nº 100, São Paulo: AASP, 2008, p. 66-69.

CUNHA, Gisela Heloisa, *Embargos infringentes*, São Paulo: Ed. RT, 2009.

DANTAS, Bruno, *Repercussão geral – perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*, São Paulo: Ed. RT, 2008.

DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, vol. III, Salvador: Podium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

_____, *Nova era do processo civil*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

EDWARDS, Harry T. *The effects of collegiality on judicial decision making*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2003, p. 1639-1690.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.), *Meios de impugnação ao julgado civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946.

FARIA, Márcio Carvalho. *Os requisitos sensíveis de admissibilidade dos recursos excepcionais e o papel dos tribunais superiores*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UERJ, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

FISS, Owen. *The limits of judicial independence*, Miami Inter-American Law Review, vol. 25:1, 1993, p. 57-76.

_____, *The bureaucratization of the Judiciary*, The Yale Law Journal, vol. 92, 1983, p. 1444-1468.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y processo civil en latinoamerica*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

_____, *La proteccion procesal de las garantias individuales en America latina*, Revista de la Comision Internacional de Juristas, Volume IX, nº 2, Ginebra: Comision internaciol de Juritas, 1968, pp. 69-111.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia, *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

FRIDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*, Thomson -West, 2005.

FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*, Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 257-337.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Atlas, 2008.

GALDINO, Flávio. *Imparcialidade judicial*, In: *Dicionário de princípios jurídicos*, (org.) Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 539-595.

GALVÃO, Paulo Braga. *Estado de direito*, In: *Dicionário de princípios jurídicos*, (org.) Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 456-465.

GATTO, Joaquim Henrique. *O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

GILLMAN, Howard, e CLAYTON, Cornell W. *Beyond judicial attitudes: institutional approaches to Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The university of Chicago Press, 1999, p. 1-12.

GILMMAN, Howard. *The Court as an idea, not a building (or a game): interpretative institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 65-87.

GINSBURG, Ruth Bader. *Remarks on writing separately*, Washington Law Review, Vol. 65, 1990, p. 133-150.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1958.

GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____, *Instituições de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

_____, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

_____, *A falência do sistema de recursos*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 287-316.

_____, *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

_____, *Princípios de uma teoria geral dos recursos*, In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ*, vol. V, 2010, p. 05-62. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>.

_____, *Breves comentários aos primeiros 51 artigos do projeto de novo Código de Processo Civil (projeto de lei do Senado 166/2010)*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. VI, 2010, p. 93-115 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>).

_____, *A função da tutela cautelar*, In: *Direito Civil e Processo - Estudos em homenagem ao Prof. Arruda Alvim*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, p. 829-843.

_____, *Resumo do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile (CEDAM, Padova, 1975)*, 2005, In *Revista de Processo*, ano 32, n° 144, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 306-327.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Bushatsky, 1975.

GUASP, Jaime, e ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil, Tomo I – Introducción y parte general*, Navarra: Thomson/Civitas, 2005.

HAZARD JR., Geoffrey C. e TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure - an introduction*, Yale University Press, 1993.

HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A; & MARTINEK, Wendy L. *Judging on a Collegial Court: Influences on Federal Appellate Decision Making (Constitutionalism and Democracy)*, University of Virginia Press, 2007.

JOLOWICZ, John Anthony. *Fundamental guarantees in civil litigation: England*, In: CAPPELLETTI, Mauro, e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 121-173.

JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, São Paulo: Ed. RT, 2009.

KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nut Shell*, Thomson-West, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

KIM, Pauline T. *Deliberation and strategy on the United States Courts of Appeals: an empirical exploration of panel effects*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 157, 2009, p. 1320-81.

_____, *Exploring panel effects*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 158, 2010, p. 269-81.

KLEIN, David E. *Making Law in the United States Courts of Appeals*, Cambridge University Press, 2002.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durnham/London: Duke University Press, 1997.

KORNHAUSER, Lewis A., e SAGER, Lawrence G. *The one and the many: adjudication in collegial courts*, California Law review, Vol. 81, nº 1, 1993, pp. 01-59.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LAZARUS, Edward. *Closed chambers: the first eyewitness account of the epic struggles inside the Supreme Court*, New York: Random House, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

LIMA, Alcides de Mendonça, *Introdução aos recursos cíveis*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

_____, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1963.

LINDQUIST, Stefanie A. & MARTINEK, Wendy L. *Response, Psychology, Strategy, and Behavioral Equivalence*, 158, U. PA. L. REV. PENNUMBRA 75, 2009. Disponível em <http://www.pennumbra.com/responses/11-2009/LindquistMartinek.pdf>.

LINKOUS, Derek J. & TILLER, Emerson H. *Response, Panel Effects, Whistleblowing Theory, and the Role of Legal Doctrine*, 158 U. PA. L. REV. PENNUMBRA 83, 2009). Disponível em <http://www.pennumbra.com/responses/11-2009/LinkousTiller.pdf>.

LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009.

LOGAN, Patrick E. *Congress, the courts, and the long range plan*, The American University Law Review, vol. 46, 1997, p. 625-668.

LÓPEZ, María Luisa Escalada. *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F., & WAHLBECK, Paul J. *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*, Cambridge University Press, 2000.

_____, *Strategy and judicial choice: new institutionalist approaches to Supreme Court decision-making*, In: *Supreme Court decision-making – new institutionalist approaches*, (orgs.) Howard Gillman e Cornell W. Clayton, Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 43-63.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____, *Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo*, São Paulo: Ed. RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966.

_____, *Manual de direito processual civil*, Campinas: Millennium, 2000.

_____, *Organização judiciária e processo*, Revista de direito processual civil, v.1, n.1, p. 18-29, jan./jun., São Paulo: Ed. Saraiva, 1960.

_____, *Dos regimentos internos dos tribunais*, In: *Nove ensaios jurídicos em homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: Lex Editora, 1975, p. 77- 94.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Sustentação oral*, In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v. 11, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord), São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 412.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: Ed. RT, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Henrique Guelber de. *O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro*, In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ, vol. I, 2007, p. 207-225 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>).

- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. *Agravo interno*, São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MILLER, Arthur R. *The pretrial rush to judgment: are the “litigation explosion”, “liability crisis”, and efficiency clichês eroding our day in court and jury trial commitments?*, In: New York University Law Review, vol. 78, 2003, p. 982-1134.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE PORTUGAL, *Avaliação do sistema de recursos em processo civil e processo penal*, 2005, disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/recursos-civeis/reforma-dos-recursos-em/>, acesso em 27.jul.2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agências reguladoras (descentralização e deslegalização)*, In: *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 197-236.
- MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004.
- NADELMANN, Kurt H. *The judicial dissent – publication v. secrecy*, The American Journal of Comparative Law, vol. 8, 1959, p. 415-432.
- NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Estudios sobre garantismo procesal – El derecho conceptuado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho, 2009.
- NELSON, William E. *The province of the judiciary*, The John Marshall Law Review, vol. 37, 2004, p. 325-356.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*, São Paulo: Ed. RT, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Agravo interno e agravo regimental*, São Paulo: Ed. RT, 2009.
- PANTOJA, Fernanda Medina, *Reformas no recurso de apelação cível à luz do direito nacional e estrangeiro: sistematização, críticas e perspectivas*, dissertação de mestrado (UERJ), 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

PEPPERS, Todd C. *Courtiers of the marble palace – the rise and influence of the Supreme Court law clerks*, Stanford: Stanford University Press, 2006.

PERROT, Roger. *O processo civil francês na véspera do século XXI*, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, In: *Revista de Processo*, nº 91, julho-setembro de 1998, São Paulo: Ed. RT, p. 203-212.

PERRY JR., H.W. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, 1994.

PICÓ Y JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos arts. 1º a 12 do PLS 166/10*, In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da UERJ*, vol. VI, 2010, p. 49-92 (Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PORTO, Sérgio Gilberto, e USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

POWELL JR., Lewis F. *What really goes on at the Supreme Court*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 109-112.

RAGONE, Alvaro J. Pérez, e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court’s conference*, In: *Judges on judging – views from the bench*, (org.) David M. O’Brien, Washington, D.C.: CQ Press, 2009, p. 113-6.

RINCÓN, Jorge Carreras del. *Comentarios a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid: Marcial Pons, 2002.

ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte consitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, nº 48, 1996, p. 35-80.

SACRISTÁN, Isidoro Álvarez. *Las decisiones judiciales unipersonales y colegiadas*, Bilbao: Gomylex, S.L., 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil – processo de conhecimento*, vol. I, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

SANTOS, Altamiro J. *Processo e procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – competência para legislar*, Revista de Processo, nº 64, out.-dez./1991, p. 217-246.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

_____, *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*, In: *Livres e iguais – estudos de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 263-299.

_____, *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*, In: *Livres e iguais – estudos de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 167-205.

SCHAUER, Frederick. *Incentives, reputation, and the inglorious determinants of judicial behavior*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 68, 2000, p. 615-636.

_____, *The Supreme Court 2005 term. Foreword: the Court's agenda – and the nation's*, Harvard Law Review, Vol. 120, 2006, p. 04-64.

_____, *Is it Important to be Important?: Evaluating the Supreme Court's Case-Selection Process*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1489573>, acesso em 23.jul.2011.

SEGAL, Jeffrey A., e SPAETH, Harold J. *The supreme court and the attitudinal model revisited*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

SOKAL, Guilherme Jales. *A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil*. In: *O novo processo civil brasileiro - Direito em expectativa (Reflexões acerca do Projeto de novo Código de Processo Civil)*, (org.) Luiz Fux, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 365-435.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. *Juizados especiais fazendários*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*, Revista dos Tribunais, vol. 657, 1990, p. 32-36.

SUNSTEIN, Cass R., SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M., e SAWICKI, Andres. *Are Judges Political? – an empirical analysis of the Federal Judiciary*, Washington, DC: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, U Chicago Public Law Research Paper No. 28, 2002 (disponível em: <http://ssrn.com/abstract=320245>).

TARUFFO, Michele. *Decisiones judiciales e inteligência artificial*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 381-395.

_____, *Probabilidad y prueba judicial*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 427-438.

_____, *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 21-29.

_____, *La protección judicial de los derechos en un estado constitucional*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 31-8.

_____, *La cultura de la imparcialidade en los países de common law y de derecho continental*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 39-54.

_____, *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-75.

_____, *Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 269-283.

_____, *Cultura y proceso*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 189-211.

_____, *La justicia civil*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 153-188.

_____, *El control de racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 397-409.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

TESHEINER, *Em tempo de reformas – o reexame de decisões judiciais*, In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 383-401.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*, São Paulo: Ed. RT, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, vol. II (Arts. 394 a 811 e legislação complementar), São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1974.

TROCKER, Nicolò e VARANO, Vincenzo. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, ed. Giappichelli, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Quando menos é mais*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI106071,101048-Quando+menos+e+mais>, acesso em 23.jul.2011.

WALTER, Gerhard, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?*, In: *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, TROCKER, Nicolò & VARANO, Vincenzo (eds.), G. Giappichelli Editore, 2005, p. 67-89.

WARD, Artemis, e WEIDEN, David L. *Sorcerers's apprentices – 100 years of law clerks at the United States Supreme Court*, New York: New York University Press, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, Campinas: Bookseller, 2000.

WATSON, Garry D. *Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings in Canada*, In: CAPPELLETTI, Mauro, e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 189-243.

XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, mimeografado, 2008.

ZALETA, Jaime Manuel Marroquín. *El debate en los tribunales colegiados de circuito – teoría de la deliberación jurisdiccional*, México: Conselho de la Judicatura Federal, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.