

QUESTÕES DE TÉCNICA DE JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS*

José Carlos Barbosa Moreira

Professor titular da Faculdade de Direito da UERJ,
Desembargador (aposentado) do TJRJ.

1. Introdução

O excesso de tecnicismo, que às vezes tem ameaçado converter o estudo do processo num exercício de acrobacia intelectual sem compromisso com a realidade, produz ao menos duas conseqüências altamente indesejáveis. Consiste a primeira em ocupar com a inútil sutileza de filigranas dogmáticas tempo e energia que melhor se aplicariam noutras tarefas. A segunda, não menos nociva, consiste em provocar em muitos espíritos, à guisa de reação, certo desprezo pela técnica, instrumento de trabalho contudo imprescindível a quem quer que aspire a ultrapassar o plano do diletantismo amadorístico e fazer obra científica séria.

Os estudiosos do fenômeno processual já há muito se deram conta de que sua missão não podia resumir-se em conjugar com engenho e arte peças de textos legais para levantar construções arquitetonicamente majestosas. A tempo passaram a incluir em seu campo de observação elementos políticos, sociais, econômicos, culturais que permitissem o acesso a uma visão global e a uma perspectiva crítica mais fecunda. Era e é mister, porém, ter em mente a lei que governa o movimento do pêndulo: se o puxamos para um lado com força excessiva, ele tenderá, uma vez solto, a deslocar-se também excessivamente para o outro lado. Em ciência, como em tudo mais, exageros num sentido costumam provocar exageros no sentido oposto. É tão pernicioso

* Texto de conferência (com o acréscimo de notas) pronunciada em Curitiba em 17.12.2003, no ciclo em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão.

minimizar a técnica quanto sacralizá-la.¹ E hoje em dia, em mais de um setor, há sinais de que o primeiro perigo talvez esteja superando o segundo.

Engana-se quem supõe que a obediência à boa técnica afaste os julgadores do caminho da justiça. Quinze anos de experiência judicante no Tribunal de Justiça do meu Estado convenceram-me de que, quando a solução à primeira vista tecnicamente correta de uma questão conduzia a decisão suspeita de injusta, era aconselhável rever as premissas e a articulação do raciocínio, onde não raro se escondia vício responsável pelo desvio. Como na medicina homeopática, os problemas da técnica podiam curar-se com uma dosagem adequada da própria técnica.

Semelhante reflexão encontra alimento na observação de anomalias que costumam deformar julgamentos dos tribunais. Para que o julgamento espelhe com fidelidade o pensamento do órgão colegiado, é necessário que a tomada dos votos se efetue de acordo com regras técnicas, cuja violação falseia o resultado e pode causar graves injustiças. Um dos pontos sensíveis dessa problemática localiza-se na distinção, que nem sempre se respeita, entre a decisão sobre admissibilidade e a decisão de mérito. O princípio fundamental, obviamente, é o de que não há confundir esses dois momentos: o primeiro precede forçosamente o segundo e até constitui condição *sine qua non* da possibilidade mesma de chegar-se a este, em relação ao qual funciona, para empregarmos expressão usual, como questão *preliminar*.² Ninguém deixará de perceber o grotesco de situações em que se computam simultaneamente votos relativos à preliminar e votos referentes ao mérito. No entanto, elas têm ocorrido, e amiúde. Examinemos alguns casos típicos.

2. Ação rescisória

Vítima freqüente de equívocos do gênero é a ação rescisória. O julgamento desta, como se sabe, pode desdobrar-se em três etapas: o juízo de admissibilidade, em que se afere a presença das “condições da ação”, inclusive o enquadramento

¹ Há muito tempo vimos tratando de denunciar o equívoco de quem supõe que a preocupação com a boa técnica torne menos efetivo o processo: *vide*, por exemplo, o texto de conferência pronunciada em 12.12.1994, sob o título *Efetividade do processo e técnica processual*, e publicada in *Temas de Direito Processual (Sexta Série)*. S. Paulo, 1997, págs. 17 e segs., espec. 22 e segs.

² Ao propósito, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, 2003, págs. 260/1. Sobre o conceito de questão preliminar. *ibid.*, págs. 678/9.

da causa de pedir no elenco de motivos taxativamente previsto na lei (Código de Processo Civil, art. 485); o *iudicium rescindens*, em que se apura se a decisão contém o defeito alegado por quem quer vê-la desconstituída; e o *iudicium rescissorium*, em que se rejulga a matéria que fora objeto do julgamento anterior.³ Cada um desses juízos é preliminar em relação ao seguinte. Para que se passe ao *iudicium rescindens*, deve ter-se o tribunal certificado de que a rescisória é admissível; ao *iudicium rescissorium*, por sua vez, só se pode passar caso se haja desconstituído a decisão rescindenda, em consequência da verificação de que o defeito alegado realmente existia. Supérfluo registrar que, mesmo em tal hipótese, nem sempre tem cabimento o *iudicium rescissorium*: é possível que tudo se resolva com a mera desconstituição do julgamento anterior, por exemplo se se chega à conclusão de que ele próprio indevidamente re julgara causa já decidida por sentença trânsita em julgado.

O *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium* fazem parte do mérito da rescisória. Cumpre identificá-lo com toda a nitidez, distinguindo-o da preliminar de admissibilidade, porque a distinção tem relevantes consequências práticas. Assim é que uma nova rescisória, contra a decisão do tribunal, apenas se admitirá se este houver julgado o mérito (Código de Processo Civil, art. 485, *caput, principio*); e, para o cabimento de embargos infringentes, é preciso que o pedido na rescisória tenha sido, por maioria de votos, julgado procedente (art. 530, na redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001), o que representa modalidade de decisão sobre o mérito. Importa muito, pois, que o tribunal, para evitar mal-entendidos, formule corretamente a conclusão de seu julgamento, dando por extinto o processo da rescisória, se a entender inadmissível (v.g., porque a *decisão impugnada* não era de mérito), e aludindo à procedência ou à improcedência do pedido, a propósito do *iudicium rescindens* e – caso se chegue lá – do *iudicium rescissorium*.

É possível que o pedido de rescisão se funde em suposto vício *processual*, por exemplo na incompetência absoluta do juiz que proferiu a sentença rescindenda (art. 485, nº II, *fine*). Em tal hipótese, às vezes se ouve proclamar o resultado nos seguintes termos: “por unanimidade, rejeitou-se a preliminar de incompetência”. Ora, aí, a incompetência fora argüida como causa de pedir da rescisão, de modo que a questão não era preliminar, mas de mérito. A mesma questão, com efeito, pode ser ora uma coisa, ora outra: a qualidade de preliminar nem sempre depende necessariamente do *objeto* da questão, senão da *função*

³ Permitimo-nos, aqui também, remeter o leitor, para exposição mais desenvolvida, à obra e vol. cit em a nota anterior, págs. 204 e segs.

que ela exerce na atividade cognitiva do órgão judicial.⁴ Se o fundamento era o de incompetência e o tribunal o acolheu, isso significa que julgou procedente o pedido de rescisão. Preliminar seria, sim, questão que porventura se suscitasse acerca da competência do próprio tribunal que está julgando a rescisória.

Ponto importante é o que respeita à eventual existência de várias alegações contra a admissibilidade da rescisória: o réu alega, digamos, que a sentença rescindenda não é de mérito, e também que o autor não tem legitimidade para a causa. Cada uma dessas preliminares tem de ser posta em votação separadamente, sob pena de se pretender somar quantidades heterogêneas. Igual regra vale para o caso de se invocarem vícios diversos para pleitear a rescisão. Cada vício constitui uma *causa petendi*, de modo que, na verdade, o tribunal está diante de várias rescisórias cumuladas, conexas pelo objeto. É forçoso julgar cada qual de per si. Pode acontecer que, em órgão de cinco membros, dois juízes se manifestem no sentido de acolher o pedido de rescisão pelo fundamento da colusão entre as partes (art. 485, nº III, 2º parte), e dois outros no sentido de acolhê-lo pelo fundamento da falsidade de prova (art. 485, nº VI). Seria palmar erronia adicionar os dois últimos aos dois primeiros, para dar como procedente o pedido, por maioria de quatro votos. A realidade é que não se acolheu nenhum dos pedidos das rescisórias cumuladas, e o verdadeiro resultado é o de improcedência.

3. Embargos de declaração

Seja qual for a preferência de cada qual, no plano teórico, em nosso ordenamento jurídico os embargos de declaração constituem inequivocamente um recurso.⁵ Estão disciplinados em capítulo do título do Código atinente aos

⁴ Ampla ilustração, relativamente à questão da competência, em BARBOSA MOREIRA, A *competência como questão preliminar e como questão de mérito*, in *Temas de Dir. Proc. (Quarta Série)*, S. Paulo, 1989, págs. 95 e segs.

⁵ Proposta recente, de voz muito autorizada, sugere que aos embargos de declaração só se deve reconhecer a natureza de recurso quando "abram caminho a alguma alteração substancial no julgado", não assim quando visem pura e simplesmente "a aclaramentos": CÂNDIDO DINAMARCO, *Os embargos de declaração como recurso*, in *Rev. da Associação dos Advogados do Rio de Janeiro*, vol. III, págs. 15 e segs. A tese peca pela base: supõe a existência de um conceito apriorístico de recurso, no qual nem sempre se enquadrariam os embargos de declaração; daí a escassa (ou nenhuma) relevância que teria, aos olhos do autor, o fato ? ao nosso ver, decisivo ? de que o direito positivo, "desenganadamente" (pág. 16), trata a figura como recurso. De que "pureza conceitual" cabe falar a propósito dos embargos de declaração, com abstração do *ius positum*? Ademais, não se vê que vantagem teórica ou prática adviria dessa bipartição do instituto.

recursos; figuram de modo expresse na lista de recursos constantes do art. 496; e o art. 538 alude ao efeito interruptivo do “prazo para a interposição de outros recursos”, expressão em que a palavra “outros” não faria sentido se não tivessem a mesma índole os embargos de declaração. Pouco importa que, em sistemas processuais estrangeiros, o remédio correspondente seja tratado de forma diversa.⁶ O conceito de recurso não é supralegal: depende exclusivamente do direito positivo; e entre nós o legislador fez opção clara, que a qualquer de nós é lícito criticar, mas não desprezar.

No julgamento de recurso, é essencial a distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito: naquele, o tribunal verifica se concorrem os pressupostos que o habilitam a reexaminar a matéria impugnada; neste, averigua se há motivo bastante para dar guarida à impugnação. A terminologia tradicional no Brasil emprega locuções distintas para designar o resultado de cada um desses juízos: no plano da admissibilidade, diz-se que o tribunal *conhece ou não conhece* do recurso; no plano do mérito, que *lhe dá ou nega provimento*.

Curiosamente, generalizou-se entre nós o hábito de não usar essa linguagem no tocante aos embargos de declaração. Costuma-se dizer, simplesmente, que o tribunal “acolheu” ou “rejeitou” os embargos. Nada justifica o emprego dessas outras expressões, que passam ao largo da distinção entre os dois juízos. Dificilmente se deixará de perceber que o fenômeno é um quando, por exemplo, os embargos foram oferecidos fora do prazo, e é outro quando o órgão julgante se convenceu de que não estava certo o embargante em tachar de obscura, contraditória ou omissa a decisão embargada. No segundo caso, o embargante foi repellido *por não ter razão*; no primeiro, o tribunal disse apenas que *nem sequer lhe era dado apurar se o embargante tinha ou não tinha razão*.⁷

⁶ Algumas indicações de direito comparado em BARBOSA MOREIRA. *Coment. cit.*, vol. V, pág. 543, nota 2.

⁷ Os próprios monografistas da matéria nem sempre versam o assunto com o devido cuidado. VICENTE MIRANDA. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. S. Paulo, 1990, págs. 73/4, estabelece distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de procedência ou improcedência no julgamento dos embargos; mas, acerca do primeiro, rende tributo à inadequada nomenclatura usual, ao dizer que o juiz “*rejeita*” os embargos, proferindo um juízo de inadmissibilidade” (sem grifo no original); e, quanto ao segundo, omite o exame dos possíveis desdobramentos, de que trata adiante o nosso texto. SONIA MARCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA. *Dos embargos de declaração*, 2ª ed., S. Paulo, 1993, págs. 94 e segs., distingue corretamente a admissibilidade dos embargos de declaração e o respectivo mérito, porém deixa de tirar as consequências cabíveis, quando descreve (em termos sumários) o julgamento do

Aqui também, as conseqüências têm relevância prática. Nos dizeres do art. 538, “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”. Deve entender-se, porém, que tal efeito unicamente se produz quando os embargos sejam admissíveis e, portanto, hajam de ser conhecidos. O ponto salta aos olhos na hipótese de intempestividade. Todos compreendem que não seria razoável atribuir a embargos de declaração intempestivos o efeito de interromper o prazo para interpor outro recurso. Isso equivaleria a pôr nas mãos do embargante poderosíssima arma de chicana: ele teria a possibilidade de protelar indefinidamente a interposição do outro recurso, e por conseguinte procrastinar a seu bel prazer o desfecho do pleito. Assim, se os embargos só vêm depois do quinqüídio do art. 536, esbarram na preclusão consumada e não geram o efeito interruptivo.

Todavia, não há por que tratar de modo diferente embargos de declaração inadmissíveis por outra causa, diversa da intempestividade.⁸ O recurso pode ser inadmissível porque o embargante invoca fundamento não contemplado na lei: cinge-se a afirmar, v.g., que foi injusta a decisão embargada, e por isso merece reforma. Os embargos de declaração não se prestam a tal fim, e deles, na espécie, não se deve conhecer. Convém frisar que a falta de cabimento é, a rigor, defeito logicamente *anterior e superior* ao da intempestividade: o cabimento é o primeiro requisito de admissibilidade de qualquer recurso. A pergunta básica a que se tem de responder, quando se analisa problema deste gênero, é a seguinte: que recurso cabe contra a decisão em foco? Somente depois, à vista da resposta, é que se passa a

recurso (pág. 190). ROBERTO LUIS LUCHI DEMO. *Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais*. Rio de Janeiro. 2003, págs. 58 e segs., usa terminologia ao nosso ver imprópria, chamando “juízo de prelibação” ao de admissibilidade e “juízo de delibação” (?) ao de mérito, além de dilatar excessivamente o âmbito do primeiro, para fazê-lo abranger a hipótese de estar a “situação fática descrita nos embargos (...) divorciada da realidade processual” ? matéria, para nós, de mérito.

⁸ Como faz uma parte da jurisprudência, que só afasta o efeito interruptivo (no sistema primitivo do Código, suspensivo) no caso de serem os embargos oferecidos fora de prazo: assim, v.g., STJ, 29.4.1998, R. Esp. nº 153.324, in *D.J.*, de 22.6.1998, pág. 94 (efeito reconhecido em caso considerado de descabimento: vale ressaltar que, segundo parece, na espécie a rigor se cuidava de embargos repelidos *de meritis*). Diversamente, STJ, 13.11.2000, R. Esp. nº 328.388, in *D.J.*, de 4.2.2002, pág. 489 (“Só a interposição de embargos conhecidos, ainda que rejeitados, é que ensinaria a contagem do prazo remanescente após cessada a suspensão”, onde a referência a “suspensão” há de ser vista como *lapsus calami*).

inquirir do prazo. Como nem todos os prazos são iguais, formular a indagação acerca da tempestividade antes de formular a relativa ao cabimento é colocar o carro adiante dos bois.

Dito isso, convém ressaltar que o julgamento dos embargos de declaração deve seguir o mesmo esquema aplicável a qualquer outro recurso. No juízo de admissibilidade, verificará o tribunal se estão satisfeitos os respectivos pressupostos, intrínsecos e extrínsecos. Quanto ao pressuposto do cabimento – feita abstração de certa tendência a admitir a utilização do recurso para produzir efeitos modificativos da decisão embargada –, o que ao tribunal compete é verificar se o embargante alega um ou mais dos defeitos típicos enumerados no art. 535: obscuridade, contradição ou omissão. No caso afirmativo, concorrendo os demais pressupostos, o tribunal conhecerá dos embargos; no caso negativo, terá de negar-lhes conhecimento.

Transposta que seja a preliminar, no juízo de mérito caberá ao tribunal averiguar se realmente existe o defeito e, se existir, corrigi-lo, dissipando a obscuridade, resolvendo a contradição ou suprimindo a omissão. Pode acontecer que com isso se atenda plenamente ao que queria o embargante, e em tal hipótese os embargos terão provimento integral. É também concebível, no entanto, que, ao dissipar a obscuridade, resolver a contradição ou suprir a omissão, o tribunal chegue a resultado diferente daquele que pretendia alcançar o embargante; por exemplo: vem desfavorável a este o acréscimo feito para suprimento da omissão. O caso, aí, é de provimento *parcial*: atendeu-se ao embargante na medida em que se reconheceu e declarou o defeito por ele apontado, mas decidiu-se contra ele na maneira de corrigir o defeito. Ocioso aditar que, se nem sequer reconhece a existência do defeito, o tribunal negará provimento ao recurso.

4. Recursos especial e extraordinário

Uma das tradicionais hipóteses de recorribilidade extraordinária é a da incompatibilidade entre a tese da decisão impugnada e alguma norma jurídica federal. Até 1988, a norma invocada como padrão podia ser constitucional ou infraconstitucional; com a nova Constituição, ninguém o ignora, cindiu-se o antigo recurso extraordinário, assim como se cindiu a competência: a denominação anterior ficou reservada para o caso de argüir-se ofensa a norma constitucional, permanecendo competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal, enquanto o recurso fundado na alegação de ofensa a norma infraconstitucional passou a denominar-se especial e se deslocou para a área de competência do então criado Superior Tribunal de Justiça.

Consoante uso antigo, que o Superior Tribunal de Justiça imitou, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário interposto com invocação de ofensa à Constituição, vinha há muito tempo adotando técnica singular: quando achava fundada a impugnação do recorrente, isto é, quando a decisão recorrida efetivamente se pusera em contraste com a Lei Maior, provia o recurso; no caso contrário, entretanto, dizia “não conhecer” dele. A simples enunciação do esquema evidenciava-lhe a deformidade: era incompreensível que o tribunal fosse posto ante a alternativa de *não conhecer* do recurso ou *dar-lhe provimento*; impunha a lógica que, preliminarmente, ele decidisse *conhecer ou não conhecer*, para depois, na segunda hipótese, *prover ou desprover* o recurso. Não fazia sentido, aliás, que o tribunal declarasse “não conhecer” do recurso depois de haver examinado toda a matéria discutida pelo recorrente, para negar-lhe razão: que sobraría para o juízo de mérito?⁹

A má técnica gerava feias conseqüências. Uma delas concernia ao objeto da ação rescisória acaso proponível. Como ninguém ignora, quando o órgão *ad quem* não conhece de recurso, terá transitado em julgado o pronunciamento recorrido. Por conseguinte, tomando-se *ut verba sonant* o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a rescisória teria de dirigir-se à impugnação da decisão do órgão *a quo*, não ao acórdão daquela corte. O desconchavo era manifesto; e, no propósito de evitá-lo, incluiu-se na *Súmula da Jurisprudência*

⁹ A melhor doutrina sempre criticou o procedimento habitual: *vide*, entre outros, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), Rio de Janeiro, t. VI, 3ª ed., págs. 172/3, e t. VIII, 2ª ed., 2000, págs. 156, 184/5 (atualização legislativa de Sérgio Bermudes); LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1979, vol. III, págs. 419/20; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, S. Paulo, 1963, págs. 300, 302/3; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso extraordinário e recurso especial*, 8ª ed., S. Paulo, 2003, págs. 176/8; NELSON LUIZ PINTO, *Recurso especial para o STJ*, 2ª ed., S. Paulo, 1996, págs. 118 e segs.; BERNARDO PIMENTEL SOUZA, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2001, pág. 442; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória*, S. Paulo, 2001, págs. 173 e segs. Versamos o tema em mais de um trabalho: limitamo-nos aqui a remeter o leitor ao vol. V dos *Coment.*, cit., págs. 581/2 e 613 e segs. No próprio Supremo Tribunal Federal, Ministros houve que se bateram pela obediência à boa técnica: leiam-se, por exemplo, os lúcidos votos de EDMUDO LINS, no R. E. nº 1.384 e no R. E. nº 1.337 (em grau de embargos), *in Rev. do STF*, vol. 27, pág. 76, e vol. 38, págs. 74 e segs., respectivamente, nos quais já se distinguia, com toda a precisão, entre o *não conhecimento* e o *desprovimento* do recurso extraordinário, nas hipóteses em foco.

Predominante proposição (nº 249) assim redigida: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”. Ora, por definição, apreciar a questão federal controvertida nada mais era (e é) que julgar o mérito do recurso extraordinário, de sorte que o enunciado continha verdadeira *contradictio in terminis*. Tentou-se corrigir um erro por meio de outro!

A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil, mais um problema haveria de surgir: o referente ao recurso extraordinário adesivo. Na conformidade do art. 500, *caput*, nº III, o não conhecimento do recurso principal acarreta o não conhecimento também do adesivo. Destarte, a receber-se a dicção empregada pela corte, quando o Supremo Tribunal Federal declarava “não conhecer” do recurso extraordinário principal, apesar de examinada a *federal question*, a rigor só lhe seria lícito conhecer do eventual recurso extraordinário adesivo pondo de lado a regra do art. 500, *caput*, nº III. A não ser assim, poderia estar negando conhecimento a recurso adesivo que satisfazia todos os requisitos legais de admissibilidade.

É certo que a letra do texto constitucional pode ser vista, em certa medida, como atenuante da erronia. Com efeito, ali se lê que a decisão é passível de recurso extraordinário quando “contrariar dispositivo desta Constituição” (art. 102, nº III, *a*), e de recurso especial quando “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (art. 105, nº III, *a*). O que se impunha, todavia, era dar interpretação adequada a essas disposições, para entender que em ambas o “contrariar” significa “alegar-se que contraria”, bastando a alegação de contrariedade para tornar cabível o recurso.¹⁰

O erro de técnica resistiu por muitas décadas às críticas da doutrina e à argumentação irresponsável de alguns Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal. Recentemente, contudo, o panorama começou a mudar. Os primeiros sinais da evolução manifestaram-se no Superior Tribunal de Justiça; desde 1998, várias vezes conheceu-se do recurso especial mas negou-se-lhe provimento, por não se haver descoberto na decisão impugnada a suposta

¹⁰ É interessante registrar que um autor estrangeiro, comentando o art. 101, nº III, letra *a*, da Constituição de 1946, mostrou haver bem compreendido o problema quando escreveu: “*How is it possible to determine, before the judgment of the Supreme Court is rendered, whether the decision appealed from was ‘contrary’ to the federal law or not? The constitutional provision should be understood as saying: ‘When the decision is allegedly contrary’*” (WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, T’Gravenhage, 1959, pág. 324, nota 2).

violação de lei federal: assim, v.g., nos acórdãos de 10.2.1998, R. Esp. nº 120.668, de 17.4.1998, R. Esp. nº 115.063, de 5.5.1998, R. Esp. nº 165.946, e de 15.9.1998, R. Esp. nº 179.541.¹¹

Demorou mais o Supremo Tribunal Federal para rever sua posição. Só há poucos meses veio a adotar a boa técnica, mudança de que tenho notícia com relação a dois julgados da mesma data, 6.8.2003, o R. E. nº 298.694 e o R.E. nº 299.799, ambos relatados pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence.¹² Lê-se nas ementas (idênticas) desses acórdãos: “Recurso extraordinário: letra *a*: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, *a*, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o *juízo de admissibilidade do RE, a* - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o *juízo de mérito*, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário”. Merece aplauso o Supremo Tribunal por haver-se animado a romper com uso tão errôneo quão arraigado. Resta formular o voto de que a evolução se consolide, e a técnica correta prevaleça no futuro.

5. Divergência na votação

Circunstância que tem causado problemas é a de existir divergência na votação. Ela pode assumir relevância capital, por exemplo, para aferir-se o cabimento de recurso, como é o caso dos embargos infringentes (art. 530). Já se averbou que não é concebível o cômputo de votos heterogêneos. Todos os membros do tribunal, a qualquer momento, hão de estar-se pronunciando sobre igual matéria: ou a mesma preliminar, ou o mesmo aspecto do mérito, se mais de um existe. Nem sempre, porém, todos os votantes se mostram inteiramente

¹¹ O segundo acórdão foi publicado na *Rev. do STJ*, nº 111, pág. 57. A indicação dos outros devemos-la à gentileza do Ministro JOSÉ DELGADO, a quem mais uma vez consignamos nosso cordial agradecimento. Lamentavelmente, ainda remanescem casos de apego ao velho e equivocado método: v.g., 20.2.2003, E. decl. no R. Esp. nº 442.778, in *D.J.* de 5.5.2003, pág. 291, acórdão onde se lê que, nas hipóteses da letra *a*, o tribunal, “conhecido o recurso especial, (...) lhe dá provimento necessariamente, podendo o não conhecimento do recurso se dar por razões processuais ou de mérito” (!).

¹² *Vide Informativo STF*, nºs 316 e 319, respectivamente.

atentos a essa necessidade, e nem sempre toma o presidente da sessão a iniciativa de assegurar ou restabelecer a ordem. É descuido de que podem decorrer grandes e inúteis complicações.

Tem-se lido em acórdãos, por exemplo, a declaração de que tal ou qual recurso foi provido por maioria de votos, vencido X, que dele não conhecia. Era o que se dava, convém notar, sob o impróprio regime de julgamento que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotavam para recursos interpostos pela letra *a* do dispositivo constitucional. Mas entra pelos olhos que não faz sentido a colheita simultânea de votos, quanto a parte do colegiado, sobre questão preliminar, e quanto a outra parte, sobre o mérito do recurso. O presidente de sessão que assim aja viola a lei e, antes dela, o bom senso.

Reza o art. 560 do estatuto processual que “qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”. Suponha-se que algum dos membros do colégio judicante suscite preliminar de intempestividade do recurso. Cumpre que sobre tal questão se pronunciem todos os votantes; se a maioria acolher a preliminar, encerra-se com isso o julgamento, negando-se conhecimento ao recurso; no caso contrário, o julgamento prossegue, para apreciação do mérito, e de novo é mister colher os votos de todos os membros do colégio, sem exceção daquele(s) que porventura se haja(m) manifestado pelo acolhimento da preliminar, consoante estabelece o art. 561 do Código. Pode acontecer que só se venha a suscitar a preliminar depois de proferidos votos acerca do mérito. Compete ao presidente reiniciar o procedimento da votação, dando a todos os votantes a oportunidade de pronunciar-se a respeito da preliminar. Caso a acolha a maioria do colégio, perdem toda e qualquer relevância os votos que porventura já se hajam proferido sobre o mérito. Na redação do acórdão, e na própria minuta de julgamento, nem sequer se deve aludir a eles. O resultado será, pura e simplesmente, o não conhecimento do recurso, por maioria ou por unanimidade – pois nada impede que adiram todos, inclusive os que já tinham votado *de meritis*, à manifestação de quem haja levantado a preliminar.

É igualmente passível de censura acórdão que contenha a declaração de não se haver conhecido do recurso, por maioria, vencido X, que lhe dava provimento. Se a maioria vota pelo não conhecimento, nenhum dos membros do colegiado pode enunciar o que quer que seja acerca do mérito: nem os que se haviam pronunciado a favor do acolhimento da preliminar, nem os que a tinham rejeitado.

Tudo isso parece óbvio, e na realidade o é. Às vezes, no entanto, as coisas óbvias passam despercebidas – aos tribunais, altos que sejam, não menos que ao comum dos mortais. A responsabilidade maior, aí, toca ao presidente

da sessão. É ele que deve anunciar, com absoluta clareza, qual vai ser o objeto da votação que se segue; e jamais poderá levar em conta, nela, voto que tenha objeto diverso. Caso haja várias preliminares, o presidente as porá em votação uma por uma, declarando o resultado correspondente a cada qual,¹³ a não ser que de alguma desde logo decorra o não conhecimento do recurso, liquidando o assunto. Sendo o mérito divisível em dois ou mais capítulos, também separadamente será cada um submetido à votação.¹⁴

6. A correção dos erros de técnica

Depois de assim compendiar-mos, *per summa capita*, as questões mais frequentes nessa matéria, passemos a indicar os remédios de que se pode lançar mão para corrigir os erros.

O caso mais fácil é o do erro que se reduz ao emprego de terminologia imprópria: correto o pensamento, mas falseado na expressão. Aí, não raro, a impropriedade é passível de ser corrigida mediante interpretação. Um pronunciamento judicial é um ato jurídico, e como tal não só pode, mas deve ser interpretado. Isso, aliás, não é coisa que só aconteça com pronunciamentos de tribunais, ou de membros de tribunais: igualmente se manifesta com relação a sentenças proferidas por juízos de primeiro grau. Muitas vezes se deparam sentenças que dizem extinguir o processo julgando o autor “carecedor de ação” quando, na verdade, apreciaram o mérito. Em instância superior, seria oportuno, se ainda não suficientemente explorado, voltar ao exemplo dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal que declaravam “não conhecer” do recurso extraordinário apesar de haverem examinado e resolvido (em desfavor do recorrente) a questão federal controvertida.

¹³ Aqui também, é errado misturar votos relativos a uma preliminar com votos atinentes a outra: se se argúi de inadmissível o recurso, por intempestividade, por falta de legitimação do recorrente e por existência de aceitação tácita da decisão, e cada um dos três julgadores acolhe uma única das preliminares, rejeitando as demais, seria grave equívoco dizer que o recurso foi declarado inadmissível: na verdade, todas as preliminares foram rejeitadas (por dois votos contra um): BARBOSA MOREIRA, *Coment. cit.*, vol. V, pág. 682, com outras referências bibliográficas em a nota 79.

¹⁴ Ultrapassa os lindes do necessário NAUROIS, *La procédure de vote du tribunal colégial*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, 1981, págs. 251/2, quando postula a cisão da votação em tantas etapas quantas sejam as questões (de fato e de direito) que cumpre resolver.

Restabelecido por via hermenêutica o autêntico sentido do acórdão ou do voto, cumprirá dar à espécie o tratamento que lhe caberia se não padecesse do defeito técnico. A rigor, a proposição nº 249 da *Súmula*, há pouco referida, nada mais era que uma tentativa, indireta e canhestra, de consagrar semelhante tese: o que ali se lê não significa outra coisa senão que se deve entender em sede de interpretação, naquela hipótese, o dito “não conhecimento” por “desprovemento”, e tirar daí os corolários cabíveis, entre os quais o atinente à competência para a eventual ação rescisória. Com a mudança de orientação da Corte, o enunciado acabará por perder a utilidade, quando não o próprio sentido.

De outras vezes, o vício reside no enunciado da conclusão, que não condiz com o teor dos votos colhidos. Suponhamos, v.g., que se trate de anulação de testamento, pleiteada por três diversas *causae petendi*; na Câmara, ao julgar-se a apelação, cada um dos três juízes acolhia o pedido por um único fundamento, mas rejeitava-o quanto aos demais. O verdadeiro resultado é o de *improcedência*, pois cada qual das três ações cumuladas fora repelida por dois votos contra um. Se, por equívoco, se proclamar decretada a anulação, e assim constar do acórdão, o engano será corrigível por meio de embargos de declaração, desde que a contradição seja inequivocamente apurável pelo confronto entre o teor do acórdão e algum elemento que revele de modo seguro o que resultara da votação (minuta de julgamento, ata, notas taquigráficas etc.).¹⁵

Infelizmente, nem sempre se conseguirá resolver o problema com tanta simplicidade. Há casos, com efeito, em que o erro não se limita à expressão, mas remonta à concepção. É o que se dá quando, por desatenção de algum votante e do presidente da sessão, vem o acórdão assinalado por deformidade do tipo da que acima se denunciou: “por maioria, deu-se provimento ao recurso, vencido X, que dele não conhecia”; ou, inversamente, “por maioria, não se conheceu do recurso, vencido Y, que lhe dava provimento”.

Decisões desse tipo são ilegais: vulneram (ou podem vulnerar) mais de um dispositivo do Código de Processo Civil. O art. 555, *caput*, ordena que, no julgamento de apelação ou de agravo, a decisão seja tomada “pelo voto de três juízes”. Por decisão, aí, entende-se todo e qualquer pronunciamento com teor decisório, seja concernente à preliminar, seja relativo ao mérito, se possível a respectiva apreciação. Viola-se a lei processual quando *nem todos* os membros do colégio votam a preliminar, ou o mérito; para que ela seja respeitada,

¹⁵ Indicações de jurisprudência, ao propósito, em BARBOSA MOREIRA. *Coment. cit.*, vol. V, pág: 551, nota 21.

é preciso que todos se manifestem sobre a preliminar e, em lá se chegando, sobre o mérito. Estatui, por sua vez, o art. 560, *caput*, que qualquer preliminar será decidida antes do mérito, do qual não se conhecerá se o respectivo exame for incompatível com a decisão tomada a respeito da preliminar. Se, por conseguinte, a maioria acolheu a preliminar, não pode sobrevir voto algum atinente ao mérito: a totalidade dos juízes está obrigada a respeitar aquela decisão, e a nenhum é lícito ultrapassar essa barreira, para pronunciar-se a respeito do mérito. Qualquer afastamento desse padrão contravém à lei. Iguualmente se concebe transgressão do preceito insculpido na parte final do 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*”. Se algum que votara pelo não conhecimento do recurso deixa de votar no tocante ao mérito, a rigor o julgamento não se completou, e consumou-se a ilegalidade.

Em qualquer dessas hipóteses, o acórdão pode sofrer impugnação mediante recurso especial, com arrimo no art. 105, nº III, letra *a*, da Constituição da República. Mais: o vício é suscetível de conhecimento *ex officio* e gera nulidade, que pode e deve ser declarada por órgão a que se dirija recurso com diferente fundamento e objeto, desde que - e na medida em que - o órgão *ad quem* conheça desse recurso. Por exemplo: o colegiado competente para o julgamento de embargos infringentes verifica que, no acórdão da apelação, há defeito da espécie de que se cuida. Satisfeitos que estejam os requisitos de admissibilidade dos embargos, o órgão *ad quem* deles conhecerá, mas, em seguida, decretará a nulidade e restituirá os autos ao órgão *a quo*, para que proceda a novo (e regular) julgamento.

Transitada em julgado, por hipótese, a decisão viciada, resta ainda a possibilidade de vir a ser desconstituída, no biênio, por meio de ação rescisória, que buscará apoio no art. 485, nº V, cabendo naturalmente ao autor apontar o dispositivo (ou os dispositivos) que entende violado(s).

7. Considerações finais

As observações feitas até aqui poderiam estender-se sem dificuldade. Quanto ficou dito, entretanto, parece-nos suficiente para pôr em relevo a gravidade do assunto. Têm importância teórica, sem dúvida, mas também e sobretudo prática, os erros de técnica acima denunciados e outros que costumam insinuar-se nas decisões dos tribunais. Preocupar-se com eles e indicar as vias disponíveis para a respectiva correção está longe de ser atitude que mereça ser qualificada de fuga aos problemas concretos que gravam o funcionamento

da Justiça nos dias de hoje. Deveria certamente escolher outro caminho o processualista que quisesse encerrar-se na famosa torre de marfim.

A quem, como o autor da palestra, teve sob sua responsabilidade a direção de numerosos julgamentos, durante os anos em que exerceu a judicatura no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, resta a esperança de haver evitado, tanto quanto lhe permitiam os conhecimentos e a atenção – poucos aqueles, não há dúvida, mas permanentemente convocada esta, posso assegurar-lhes –, a ocorrência muito freqüente de semelhantes equívocos. E, com a expressão desse retrospectivo desejo, dou por encerrada a tarefa, cujo prolongamento, concebível em tese, exigiria do palestrante muito mais ciência, e do auditório muito mais paciência.