

Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015



Dierle Nunes

Doutor em direito processual (PUC MINAS/Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Mestre em direito processual (PUC MINAS). Professor permanente do PPGD da PUC MINAS. Professor adjunto na PUC MINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do IBDP. Membro fundador da ABDPC. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Diretor do departamento de Processo Civil do IAMG. Membro da Comissão dos Juristas que assessorou no novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Advogado.

RESUMO: O presente ensaio busca discutir a colegialidade enquanto garantia de revisão (correção) de decisões e sua relação com os precedentes e vieses cognitivos (vícios de julgamento), sempre a partir da principiologia trazida pelo CPC-2015. A discussão se dá mediante a apresentação do problema relativo à efetiva possibilidade de revisão das decisões de forma colegiada; da normatividade relativa aos precedentes no novo Código; da necessidade de elaboração de um relatório satisfativo relativo à causa em análise (formação de fundamentos determinantes); da relação entre a colegialidade e os inúmeros fatores que influenciam e deturpam a forma de julgamento por parte dos magistrados, como, por exemplo, os vieses de confirmação; da comemorada normatização da possibilidade de modificação dos votos dos magistrados durante o julgamento a partir dos fatos expostos em sessão; e do incidente de ampliação do colegiado para a resolução de decisões não unânimes (art. 942 CPC-2015). Concluiu-se, a partir do presente estudo, que as novas premissas decisórias contidas no CPC-2015 têm como escopo a busca por um debate genuíno e satisfatório para o incremento da justiça das decisões, formando-se extratíveis fundamentos determinantes hábeis à aplicação do sistema de precedentes como legítima possibilidade de discussão do direito. A colegialidade se afigura como garantia ligada ao contraditório dinâmico, objetivo precípua do processualismo constitucional democrático.

PALAVRAS CHAVE: Colegialidade. Vieses cognitivos. Precedentes. Contraditório dinâmico. Processualismo constitucional democrático.

ABSTRACT: This essay discusses the collegiality as reviewing guarantee (correction) of decisions and its relation with precedents and cognitive biases (judgment incorrections), always from the of principles brought by the CPC-2015. The discussion takes place upon presentation of the problem on the effective possibility of review of decisions collectively; of regulations

relating to precedents in the new Code; the need to draw up a useful report about each cause under review (formation of determinants pleas); the relation between the collegiality and the numerous factors that influence and distort the form of judgment from judges, for example, the confirmation bias; the celebrated regulation of the possibility of modifying the votes of the judges during the trial upon the facts stated in session; and; the collegiate expansion incident to the resolution of non-unanimous decisions (art. 942 CPC-2015). It's concluded from this study that the new decision-making assumptions contained in CPC-2015 are scoped in the search for a genuine and satisfactory debate to increase the fairness of decisions, forming extractable skilled decisive foundations for the implementation of the precedents system as legitimate possibility for discussion of law. Collegiality seems as collateral linked to the dynamic contradictory, primary objective of the democratic constitutional processualism.

KEYWORDS: Collegiality. Cognitive biases. Precedents. Dynamic contradictory. Democratic constitutional processualism.

1. Considerações iniciais

Há bons anos¹ destacamos que a jurisprudência dos tribunais superiores (STF e, especialmente, STJ) vinha estruturando as bases de aplicação do *princípio constitucional da colegialidade dos tribunais*,² que, apesar de permitir a delegação legal de poderes monocráticos (unipessoais) ao relator³ dos recursos (art. 932

CPC-2015), garantiria o reexame de decisões derivadas do exercício desses poderes pelo colegiado, juízo competente para o julgamento do recurso.

*Como há muito tempo se defende, o órgão jurisdicional competente para o julgamento dos recursos, seu juízo natural, seria o colegiado, e não o juízo monocrático do relator e, em decorrência deste princípio, nas hipóteses de julgamentos unipessoais no CPC-2015 será permitido o cabimento, em 15 dias, de Agravo Interno contra decisão proferida pelo relator para o respectivo órgão colegiado (art. 1.021 CPC-2015).*⁴

1 NUNES, Dierle. Colegialidade das decisões dos tribunais: sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. *Revista IOB de direito civil e processual civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, nov./dez. 2007, p. 50-61.

2 "Conforme reiterada jurisprudência do STJ, 'é cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal', entendimento decorrente 'do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.039, de 1990' (AgRg no Ag 556.508/TO, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.5.2005; AgRg na MC 6.566/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1º.9.2003)." STJ, 1ª T, AgRg no REsp 701734/SP, Min. Denise Arruda, j. 20/06/2006, DJ 10.08.2006, p. 195. No mesmo sentido: STJ, 2ª T, REsp 770620/PA, Min. Castro Meira, j. 01/09/2005, DJ 03.10.2005, p. 236. STJ, 1ª T, AgRg no AgRg no Ag 694108/SP, Min. Denise Arruda, j. 07/02/2006, DJ 06.03.2006, p. 192. STJ, 1ª T, REsp 714794/RS, Min. Luiz Fux, j. 23/08/2005, DJ 12.09.2005, p. 241. STJ, 1ª T, AgRg na MC 6566/MT, Min. Teori Albino Zavascki, j. 05/08/2003, DJ 01.09.2003, p. 217.

3 As decisões dos tribunais são normalmente realizadas por órgãos compostos de vários juízes, o colegiado, ordinariamente três, aos quais se atribui o nome de relator (art.

932) e vogais, dependendo da função realizada no processamento do recurso.

4 Disciplinado nos seguintes termos: "Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. § 1º. Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada. § 2º. O agravo será dirigido ao relator, que intimarà o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta. § 3º. É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. § 4º. Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. § 5º. A interposição de qual-

Este entendimento jurisprudencial e doutrinário, além de buscar a adequação do sistema recursal ao princípio do juízo natural (art. 5º, LIII, CRFB/88) previsto em nosso modelo constitucional de processo, viabilizava a correção de “defeitos normativos” que por vezes atribuíam poderes monocráticos ao relator sem viabilizar mecanismos hábeis de sua reanálise, como era (é), por exemplo, a hipótese normativa do art. 527, parágrafo único, CPC-1973, que não previa (prevê) meios recursais de impugnação da decisão liminar do relator, no recurso de agravo, que convertia seu processamento por instrumento em retido ou atribuía efeito suspensivo ou ativo.

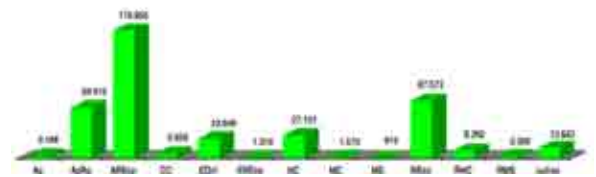
Perceba-se que tal uso de poderes monocráticos encontra grande relevância no sistema processual atual.

A partir de uma simples análise de dados estatísticos referentes aos processos em trâmite no STJ no ano de 2014,⁵ pode-se perceber a profusão de decisões monocráticas, em detrimento dos julgamentos colegiados, sendo certo que a maioria de tais decisões têm fulcro no art. 557 do CPC do 1973 Reformado,⁶ negando seguimento ao recurso. Vejamos a tabela abaixo retirada do Relatório Estatísti-

co⁷ do STJ no ano de 2014:

Distribuídos	Julgados (Incluindo AgRg e EDcl)		
	Sessão	Monocráticos	Total
386.426	81.647	308.405	390.052

O disparate entre o número de decisões monocráticas e decisões colegiadas é nítido. O cenário é evidente também quando comparamos o número de recursos especiais julgados em 2014 com o número de agravos em REsp e agravos internos (regimentais), os quais somam aproximadamente o triplo dos primeiros. É ver o gráfico extraído do mesmo relatório:



É cediço que os agravos internos (“regimentais”) e agravos em recurso especial, em sua grande maioria, voltam-se contra decisões de inadmissão dos recursos.

Pontue-se, mais uma vez, que segundo a colegialidade não haveria embaraços normativos na adoção de julgamentos unipessoais (monocráticos), como nas ampliadas hipóteses do art. 932 CPC-2015, desde que se garanta sua impugnação (reexame) pelo colegiado, mas sua função num sistema que não respeita a primazia do mérito e adota uma “jurisprudência defensiva” se amplia enormemente.

O recurso seria cabível, por exemplo, da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal.⁸

quer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final”. Segundo enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): Enunciado nº 358 do FPPC: “A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige manifesta inadmissibilidade ou manifesta improcedência. (Grupo: Recursos)” Enunciado nº 359 do FPPC: “A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige que a manifesta inadmissibilidade seja declarada por unanimidade. (Grupo: Recursos)”.

5 Análise estes dados para discussão da primazia do mérito, fungibilidade e *conexão normativa* entre os recursos extraordinários em: NUNES, Dierle; PIRES, Michel Hernane. *A conexão normativa* entre os recursos extraordinários dos arts. 1.032 e 1.033 do CPC-2015 e sua importância no campo tributário. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; SOUZA, Antonio Carlos. *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: Editora Foco Fiscal, 2015, p. 51-68.

6 “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

7 <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>>.

8 Vide Enunciado nº 142 do FPPC.

Uma advertência se faz necessária antes que continuemos: a colegialidade aqui em comento não é a consolidada na cláusula de reserva de plenário (*full bench*), prescrita no art. 97 da CRFB/88, que se baseia na presunção de constitucionalidade da lei e impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade ou de ato normativo do poder público somente pode ser obtida mediante seu acatamento pela maioria absoluta dos membros do pleno do tribunal competente.

O que aqui se estuda é o uso em geral da *colegialidade corretiva*, embasada num *processualismo constitucional democrático*,⁹ para normativamente se obter uma correção decisória.

2. Colegialidade, precedentes e nova função preparatória do relatório

A colegialidade ganha especial destaque no sistema brasileiro em decorrência da busca de efetiva formação de precedentes, que precisam ser extraídos da fundamentação das decisões, e que somente podem ser encontrados se cada julgador analisar os mesmos argumentos de modo colegiado. Por estas razões que o novo CPC fornece fundamentos normativos para o sistema de precedentes brasileiro de modo que se busque o resgate:

[...] da efetiva colegialidade na sua formação, para, com esta medida, evitar-se o retrabalho dos tribunais que analisam (com recorrência) mal e de modo superficial os casos, induzindo que tenham que desencadear reanálises mediante a utilização de argumentos negligenciados na primeira análise, pelo equívoco da motivação formal. Esse movimento merece muita atenção e cuidado quando se percebe que esse uso dos precedentes ainda desafia várias intempéries, como

a da aqui nominada “*pseudocolegialidade*”: tal fenômeno, que vem sendo justificado pela quantidade de processos nos tribunais, ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial “de acordo”, que pode muitas vezes significar “não olhei, mas *acho* que concordo com o relator”. E esse “não olhei, mas acho que concordo com o relator” (vulgo “de acordo”) cai por terra quando se vislumbra, numa breve pesquisa das decisões anteriores daqueles “julgadores concordantes”, que, em casos anteriores, relatores julgaram em sentido diametralmente contrário. Se a discussão em outros sistemas seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir até mesmo se o julgador respeita suas próprias decisões, uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridade que os distingam.¹⁰A situação

9 NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. THEODORO JR., NUNES, BAHIA, PEDRON. *Novo CPC - fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

10 Como já afirmamos em outra oportunidade: “em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juizes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juizes” (NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, p. 43, nov. 2010.

também não é boa quando se analisa a técnica de julgamento monocrático pelo relator, mediante o uso da chamada “jurisprudência dominante” (art. 557, CPC/1973 Reformado).¹¹ Nessa hipótese, não é incomum o uso da técnica, em alguns tribunais, em juízos monocráticos do relator, em que se julga embasado em ementas ou acórdãos que em nenhuma medida representam o entendimento dominante do tribunal ao qual pertenciam ou superior.¹² Aplicação deletéria, mecanicista e cada vez mais comum são os usos das listas de julgamentos,¹³ que ferem não só a colegialidade, como qualquer noção de que a abertura para o diálogo processual é imprescindível na formação das decisões.¹⁴

Isto fica bastante evidente quando se percebe, com a tradição do *common law* americano (*v.g.*), que no julgamento dos casos se deva elaborar uma regra geral de decisão (universalizável), ou *ratio decidendi* (*fundamento determinante*), que se aplique a casos futuros que envolvam questões semelhantes.¹⁵

E que só é possível a extração de fundamentos determinantes dos precedentes caso os mesmos resultem de sua análise colegiada. Tanto que, nos moldes do Enunciado nº 317

FPPC, “o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.” Os fundamentos que não tenham sido acatados pela maioria do colegiado inviabilizam sua aplicação como precedente obrigatório.

E, para manutenção do dever de coerência (art. 926 CPC-2015), conforme o Enunciado nº 431 FPPC, “o julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação”.

Em assim sendo, como Hübner Mendes, se percebe que a colegialidade se apresenta como um projeto colaborativo (comparticipativo) embasado em uma cultura deliberativa em busca de uma unidade colegiada.¹⁶

Não é à toa que, no paradigma de direito democrático pensado por Dworkin, a atividade da decisão judicial é comparada a um empreendimento coletivo literário, no caso, romance escrito a várias mãos; de modo que cada integrante desse *chain in novel* assume responsabilidades para ler tudo aquilo que foi elaborado por seu antecessor, bem como para dar continuidade a fim de, preservando a virtude da integridade, criar a melhor proposta de compreensão coletiva acerca de um direito por meio de sua decisão.¹⁷ Para que isso

11 E que tem como correspondente o inciso III do art. 932 do novo CPC, que, contudo, se vale de técnica muito mais aprimorada, ao dizer que incumbe ao Relator: “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida” (cf. *supra*).

12 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Enunciados de súmulas: falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>>.

13 Cf. LEAL, Saul Tourinho. Julgamentos em listas, com advogado silenciado, mostra que fracassamos. Fio da Meada. *Valor Econômico*, 3 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3573268/julgamentos-em-listas-com-advogado-silenciado-mostra-que-fracassamos>>.

14 THEODORO JR., NUNES, BAHIA, PEDRON. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, cit.

15 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, 4 *Wash. U. Journal of Law & Policy*, 2000, p. 261.

16 HÜBNER MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 129-132

17 Dworkin (*Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [Direito e Justiça].) compara essa tarefa a uma brincadeira infantil na qual cada participante é responsável por contar um única história. Na brincadeira, todos os participantes têm o mesmo tempo para participar e devem ouvir atentamente os antecessores para que uma linha coerência entre a história contada seja preservada. Não se trata de um “telefone sem fio”, pois o objetivo da brincadeira não é repetir o que foi transmitido, mas desenvolvê-lo (evolui-lo) da melhor forma, preservando os elementos essenciais do que inicialmente foi definido. Ou seja, se o primeiro a contar a história teve o objetivo de narrar um suspense, o par-

seja possível, a abertura hermenêutica para o diálogo é fundamental. Dworkin atenta-se em explicitar esse diálogo exatamente em sua forma mais inusitada, com o passado e com o presente dos integrantes de uma determinada sociedade no qual se reconhecem como participantes livres e iguais (sua denominada comunidade de princípios), mas nada impede de pensarmos que o mesmo diálogo institucional interno ao Judiciário deva acontecer entre seus pares no momento da construção de uma decisão coletiva/colegiada.

E isto desafia o *habitus* brasileiro de, em julgamentos colegiados de recursos ordinários, extraordinários e ações originárias dos tribunais, se proferir *decisões plurais* (*plurality decision*)¹⁸ nas quais cada juiz oferta sua própria opinião (decisão em separado), em vez de um único juiz escrever a opinião em nome de toda a Corte, forjando uma decisão majoritária na conclusão (parte dispositiva) sem que nenhum fundamento, que lhe oferte sustentáculo, alcance a maioria.¹⁹

Perceba-se que o problema das decisões plurais no direito estrangeiro é debatido há muito tempo. Nos EUA, por exemplo, tal quebra deste modelo de apresentação de entendimentos separados (também conhecido como *modelo seriatim* – em série, um após o outro) sofreu um duro golpe ainda em 1801, com a assunção do cargo de Presidente (*Chief Justice*) da *US Supreme Court* (*USSC*) por Marshall, que impôs durante seu mandato até 1835 a adoção do modelo de decisão consolidada mediante a assunção da *opinião*

da Corte (“*opinion of the Court*”)²⁰ ou *per curiam*,²¹ sem identificação individualizada das opiniões de cada julgador.²²

No entanto, após a era Marshall (especialmente após o *New deal*)²³ e com o reforço do papel institucional da *Supreme Court*, se tornou mais recorrente o uso de decisões plurais, o que fomentou severas dificuldades interpretativas, tornando a tarefa de extração dos fundamentos determinantes extremamente complexa.²⁴

Esta questão é recorrente até os dias atuais, tanto que o atual Presidente da *USSC* (John Roberts) afirmou em 2006²⁵ que uma de suas prioridades seria a de reduzir o número de opiniões divergentes proferidas por membros da Corte, uma vez que a dissidência enfraqueceria a força das decisões.²⁶

No entanto, não existe garantia de que a supressão integral da dissidência torne o

participante da sequência deve ter a capacidade hermenêutica de perceber que ele não poderá transformar agora aquilo em uma comédia. Ver também: PEDRON, Flávio. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 15-139, 1º sem. 2005.

18 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, cit., p. 267

19 Sobre as decisões plurais no Brasil cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

20 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, cit., p. 267. Fenômeno análogo ocorreu na King’s Bench inglesa em 1756 com a assunção como Chief Justice de William Murray, conhecido como “Lord Mansfield,” ao adotar a opinião da Corte, buscando clareza para o Direito. HENDERSON, M. Todd. From “Seriatim” to consensus and back again: a theory of dissent. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 186, 2007, p. 8.

21 Como informa Robbins: “*Per Curiam* - literalmente traduzido do latim ‘pelo tribunal’ - é definida pelo dicionário *Black Law* como ‘[a] opinião proferida por um tribunal de apelação, sem identificar o juiz singular que escreveu a decisão.’ Assim, o autor de uma decisão *per curiam* pretende ser institucional e não individual, atribuível ao tribunal como uma entidade única e não a um juiz.” (tradução livre). ROBBINS, Ira P. Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and per curiam opinions. *Tulane Law Review*, v. 86, jun. 2012, p. 1197.

22 Como em *Bush v. Gore*, 531, USSC 98 (2000).

23 ZOBELL, Karl M. Division of opinion in the Supreme Court a history of judicial disintegration. *Cornell Law Rev*, v. 44, 1959, p. 205-206.

24 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective, cit., p. 271 *et seq.*

25 Cf. YEN, Hope. *Roberts Seeks Greater Consensus on Court*, Washington Post, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/21/AR2006052100678.html>>.

26 HENDERSON, M. Todd. From “Seriatim” to consensus and back again: a theory of dissent, cit., p. 1.



sistema mais adequado (democrático),²⁷ obviamente sem os extremos brasileiros nos quais a dissidência desprovida de adequada fundamentação se tornou a regra.

É evidente que a colegialidade é, assim, quando busque uma opinião majoritária na conclusão e fundamentação, um primeiro passo no uso adequado do direito jurisprudencial, aliado a outras medidas, como a colocação dos fundamentos determinantes da decisão (finalmente) nas ementas, eis que o profissional brasileiro, em média, as utiliza em suas pesquisas e arrazoados.

Isto não retira a necessidade de analogias e contra-analogias sérias, mas é essencial que se perceba a insuficiência do voto de apenas um dos membros integrantes do órgão colegiado para o adequado dimensionamento das razões que constituem os fundamentos determinantes das decisões dos Tribunais – ou, pelo menos, que há um aspecto qualitativo no colegiado que não pode ser ignorado na atribuição de força normativa a suas deliberações, na qualidade de precedentes.

27 HENDERSON, M. Todd. From “Seriatim” to consensus and back again: a theory of dissent, *cit.*, p. 3. Cf. ZOBELL, Karl M. Division of opinion in the Supreme Court a history of judicial disintegration, *cit.*, p. 186-214.

Ainda há de se perceber que a diferença de resultado, unânime ou não, no colegiado impactará a obtenção de estabilidade e coerência das decisões (art. 926 CPC-2015), uma vez que o dissenso influencia no grau de força a ser conferida às decisões – precedentes. Aliás, por ocasião da análise dos fatores que influenciam na força normativa dos precedentes, Aleksander Peczenik²⁸ afirma que a colegialidade e a eventual existência de divergência são importantes

elementos a serem levados em consideração na interpretação dos precedentes, e isso pode ser decisivo na escolha entre dois precedentes antagônicos, prevalecendo aquele que for fruto de um debate processual mais democrático e amplo.

No sistema americano, no qual se adota com muito maior proficiência os precedentes, já se constatou que entre 1946 e 1992 sua *USSC* promoveu alterações de entendimento (superação – *overruling*) em pouquíssimas de suas decisões anteriores (154 vezes – número irrisório em comparação com nossa jurisprudência instável e lotérica), ocorreu a demonstração empírica que casos decididos com coligações vencedoras mínimas entre os decisores (votos) estão mais propensos de serem superados, enquanto casos decididos por coalizões unânimes têm um risco muito menor, tornando-se mais perenes.²⁹

Perceba-se, ainda, que para este efetivo uso desta *colegialidade corretiva* é absoluta-

28 PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 477-478.

29 SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court Precedent. *Journal of politics*, v. 63, august 2001, p. 1091-1111.

mente necessária a percepção de não ser mais possível julgamentos sem efetiva e prévia preparação.

Isto fica muito evidente nos julgamentos de primeiro grau, nos quais é imperativo o cumprimento de todos os aspectos normativos do art. 357 CPC-2015 (como fase preparatória) de modo a se facilitar a fundamentação das decisões, em conformidade com o art. 489, § 1º, CPC-2015 e tornar mais correto o emprego da filtragem das questões relevantes do processo (afastando-se, naquela etapa, as inúteis).

Igualmente a fase preparatória fica muito evidente nos recursos extraordinários repetitivos pelo teor da decisão de afetação (arts. 1.036 e 1.037 CPC-2015) que criam um dever de correlação para com o acórdão.

Nos demais recursos, tal função preparatória deve ser cumprida pelo *relatório* nos moldes do art. 489, I, CPC-2015. Como já explicado em outra sede:

No aludido dispositivo, em prol de uma nova racionalidade decisória, ganha destaque *as novas funções do relatório* (art. 489, I) para o novo sistema que leva a sério o direito jurisprudencial e o microssistema de litigiosidade repetitiva do CPC/2015. O referido inciso I estabelece como dever-poder para o juiz de se promover “a identificação do caso”. Sabe-se que sob a égide do CPC/2015 na formação do precedente será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, § 1º, IV, 927, § 1º, 984, § 2º), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trazer inovação relevante. Nesta hipótese, bastará ao magistrado, nos termos dos incs. V e VI, do § 1º, art. 489, comparar os fatos operativos (materiais) do caso presente mediante analogias e contra-analogias a fim de se determinar se o mesmo deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso.

No entanto, exatamente para definição dos fatos operativos e dos fundamentos a serem enfrentados na formação do precedente que se deve ofertar as novas e relevantes funções ao *relatório*. Diversamente do atual CPC/1973 (art. 458), no qual o relatório foi relegado a uma narrativa pouco importante da sequência de atos-fatos processuais, no CPC-2015 caberá ao tribunal, para identificação do caso, pontuar todos os argumentos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados igualmente e sob os mesmos pressupostos pelos membros do colegiado, de maneira a se permitir a extração, pós-julgamento, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) objeto de discussão a ser utilizados como padrão decisório panorâmico para casos futuros. Do mesmo modo, nos juízos monocráticos caberá, na elaboração do relatório, indicar os fatos operativos a permitir, mediante analogias e contra-analogias, a aplicação adequada do precedente mediante exata identificação e aplicação de seus fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, inc. V) e *nunca* de modo mecânico, sem comparações, como hoje se mostra corriqueiro. Igualmente, a identificação no relatório dos fatos operativos do caso viabilizará a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inc. VI). Pontue-se, como já dito, que na hipótese de o precedente já ter enfrentado com amplitude, em sua formação, os argumentos relevantes suscitados no atual caso em julgamento, será despidendo ao julgador enfrentar novamente os mesmos argumentos (suscitados pelas partes) no caso atual (como preceitua o art. 489, § 1º, inc. IV), salvo quando a parte trazer novos argumentos relevantes ou que permitam a distinção entre os casos, eis que o objetivo do *dever de consideração* (THEORORO JR *et al*, 2015) não é o de burocratizar o julgamento, mas aprimorar qualitativamente os julgamentos. Assevere-se que deve haver *integridade* (art. 926, *caput*) na reconstrução da história institucional

de aplicação de decisões-modelo e de enunciados de súmula. Por isso, especialmente ao formar a decisão-modelo e editar o enunciado, o tribunal deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da matéria jurídica neles tratada, sendo inviável que se decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática.³⁰

Esta função preparatória do relatório deve tornar seu uso uma importante ferramenta em prol da colegialidade e da melhoria das decisões de modo a se viabilizar a extração de fundamentos determinantes.

Percebe-se, nestes termos, que no CPC-2015 não será mais possível a preservação do procedimento decisório corriqueiro no Brasil no qual os juízes decidem sem uma prévia preparação (e em decisões plurais), sob pena de manutenção das atuais mazelas que ampliam a necessidade de emprego de recursos, com consequente manutenção das altas taxas de reformas, aumento do tempo processual e indução de uma litigância irresponsável decorrente da instabilidade decisória e potencialidade de êxito em pretensões desprovidas de fundamentos.

Não se olvide, ainda, que o atual procedimento decisório fomenta a diversidade de entendimentos nos tribunais, com descumprimento da integridade, coerência e estabilidade (art. 926 CPC-2015), em face da ausência de *colegialidade corretiva* pelo fato de cada julgador isoladamente, sem balizas, analisar o caso seguindo pressupostos e concepções não problematizadas com os demais.

Este déficit torna ainda mais imperiosa a preparação efetiva de todos os julgamentos sob a égide do CPC-2015.

3. Colegialidade e vieses cognitivos

Precisamos sondar, ainda, se a colegialidade pode viabilizar uma correção normativa, ao lado da própria técnica recursal, e uma contramedida aos *vieses cognitivos* (*cognitive biases*):³¹ deturpações de julgamento a que qualquer decisor está submetido por inúmeros fatores, como a incerteza ínsita ao julgamento e a exiguidade de tempo.

Como informado em outra sede

(...) estudos empíricos (psicológicos e jurídicos), realizados com magistrados americanos, demonstram que o juiz sofre propensões cognitivas que o induzem a usar atalhos para ajudá-lo a lidar com a pressão da incerteza e do tempo inerentes ao processo judicial. É evidenciado que mesmo sendo experiente e bem treinado, sua vulnerabilidade a uma ilusão cognitiva no julgamento solitário influencia sua atuação. Um exemplo singelo encontrado nas pesquisas, que aclara esta situação, é a propensão do magistrado que indefere uma liminar, a julgar, ao final, improcedente o pedido. Por um efeito de bloqueio ficou demonstrado que o juiz fica menos propenso à mudança de sua decisão mesmo à luz de novas informações ou depois de mais tempo para a reflexão. Tal bloqueio cognitivo ocorre por causa da tendência a querer justificar a alocação inicial de recursos (fuga ao retrabalho), confirmando que a decisão inicial estava correta. Tal constatação deve induzir o fomento ao debate como ferramenta de quebra das ilusões e propensões cognitivas. E aqui poderíamos ampliar no caso brasileiro para o uso de ementas de julgados e súmulas sem reflexão e como âncoras facilitadoras dos julgamentos, com o único sentido privado de otimizar numericamente o número de decisões. Faz-se uso de súmulas e “precedentes”

30 NUNES, Dierle; HORTA, André. Doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord). *PRODIREITO Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Artmed Panamericana Editora, 2015.

31 Para uma introdução sobre o tema: FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 90 (RBDPro 90). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 153-173.

sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a *ratio decidendi* (*fundamento determinante*) com algum trecho da ementa ou do voto. Ademais, não podemos nos olvidar da denúncia empreendida por Carlos Maximiliano por mera observação, em 1925, de que os profissionais tendem à lei do menor esforço no uso do direito jurisprudencial. O jurista jamais imaginaria como este uso seria mais vocacionado ao que criticava e que estudos empíricos atuais informariam que isto decorreria inclusive da propensão de confirmação (*confirmation bias*) que induz o intérprete a um raciocínio distorcido, de uso e confirmação de todo material (*v.g.*, provas, julgados) que atesta uma versão dos fatos (que acredita) e negligencia e despreza a tudo que a contradiz. Tal percepção de contaminação cognitiva e ausência de neutralidade em outros países induzem a promoção de estudos sérios com a finalidade de criação de contramedidas. O *National Center for State Courts* (NCSC), por exemplo, organizou um projeto piloto de três estados (Califórnia, Minnesota e Dakota do Norte) para ensinar juízes e funcionários do tribunal as propensões do magistrado ao julgar em matéria que envolva preconceito. Em verdade, foi necessário demonstrar cientificamente aos juízes as cognições sociais implícitas, os problemas destas propensões cognitivas (para tomada das apontadas e contramedidas técnico-processuais) e os riscos que elas trazem para o bom julgar, inclusive aumentando a importância do sistema recursal. Todas estas constatações que mostram a autenticidade de preocupações acadêmicas envolvendo a crítica ao solipsismo e protagonismo judiciais, de um lado, e com a busca estratégica de sucesso, inclusive de má-fé, além da atecnia, por parte dos advogados, de outro, demonstram empiricamente a existência do problema e a necessidade

de dimensionamento de contramedidas processuais com a finalidade de esvaziar e controlar *os comportamentos não cooperativos* e contaminados de todos os sujeitos processuais.³²

Levar a sério estes vieses não significa buscar e acatar necessariamente uma concepção de índole realista (realismo jurídico que de modo recorrente aposta na força decisória embasada no discurso positivista da autoridade do decisor para criar o direito), que aqui se rechaça, mas de mediante sua percepção se gerar constrangimentos racionais (embasados numa leitura forte dos princípios processuais constitucionais) para que o uso da linguagem, pelo decisor e partes, se estruture de modo que se desincumbam de seus ônus argumentativos e promova-se a formação dialógica das decisões, impedindo-se escolhas solitárias e exercícios discricionários do poder.³³

32 THEODORO JR., NUNES, BAHIA, PEDRON. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, cit., p. 64-65; 87-89, *passim*.

33 Não se pode negligenciar que algumas correntes realistas denunciam os riscos do decisionismo e buscam criar constrangimentos materiais para os decisores. Just e Assis pontuam “a necessidade de legitimar a decisão interpretativa junto aos seus destinatários, assim como de persuadir os membros de um órgão colegiado, quando for o caso. Tal constituiria uma constrição objetiva que obrigaria a recorrer a argumentos extraídos da verdade do texto (*sic*), ou, mais genericamente, a fundamentar a decisão afirmando que ela decorre de uma norma. A melhor fundamentação, desse ponto de vista, consistiria em afirmar que não se poderia agir de outro modo, isto é, numa dissimulação do poder de que deveras se dispõe. 2) O intérprete se veria obrigado, lado outro, a fim de preservar a sua posição relativa no sistema de competências, a levar em conta o modo como os demais atores poderiam exercer suas próprias competências. Num sistema de balanceamento de poderes as normas organizam as relações entre autoridades de tal forma que o poder discricionário de uns dissuade os outros de exercerem desmesuradamente o seu próprio poder discricionário. Por exemplo, uma corte constitucional pode ver-se constrangida a modular os efeitos de sua decisão de forma a não provocar o exercício do poder de reforma que pode ser de seu interesse evitar, de acordo com as circunstâncias. 3) Ao fim, o intérprete seria constrangido a ser coerente com os métodos e os conceitos que utiliza com vistas à manutenção de seu poder de dizer o direito. Poder este que é definido como a capacidade de influenciar o comportamento de outrem, para o que a sua manutenção depende do uso moderado, traduzindo-se pela estatuição de regras gerais e estáveis, uma vez que,

E, perceba-se, este *ônus argumentativo* imposto aos juízes no art. 489, § 1º, CPC-2015 *deve ser aplicado como um espelho para a atividade postulatória das partes* e advogados, ou seja, do mesmo modo que o juiz, por exemplo, não pode(rá) “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a questão” ou “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, pelos deveres normativos de cooperação e boa-fé objetiva o advogado deverá levar a sério todos estes imperativos em sua postulação.

Exemplo disto é se, de um lado, existe uma previsão legal de omissão quando o juiz não analisa o conteúdo de julgados formados pelo microsistema de litigiosidade repetitiva (art. 1.022, parágrafo único, CPC-2015), de outro, o advogado deve levar as mesmos pronunciamentos a sério ao elaborar a petição inicial, seja pelo risco de julgamento liminar de improcedência (art. 332 CPC-2015), seja pela perda da oportunidade de obtenção de uma tutela provisória da evidência (art. 311, II, CPC-2015).

Se no *common law* existem algumas *regras processuais de grande valor moral*, como esta que obriga a parte, sempre, a citar todos os precedentes contrários à sua pretensão, no CPC-2015, em face da tendên-

cia de uso estratégico de julgados somente para confirmar sua linha de defesa (ou pré-compreensão no caso do decisor), *estes ônus de explicitação dos entendimentos mediante o uso técnico da distinção ou superação são normativos e contrafáticos* (corretivos do uso estratégico de julgados).

Pontue-se, ainda, no que tange a atividade decisória, que um Estado democrático de direito não tolera discursos solitários de poder de modo que *todo poder deva ser processualizado*, ou seja, exercido mediante o debate em contraditório substantivo e de modo que tal *diálogo genuíno* seja sempre visto como um pressuposto essencial dos pronunciamentos judiciais.

Mas, retornando mais precisamente às *cognitive biases*, um dos mais perigosos vieses que os decisores padecem certamente é o “de confirmação” (*confirmation bias*), ou seja, uma tendência para testar uma hipótese, procurando por casos que confirmem sua pré-compreensão³⁴ ao contrário de procurar a resposta correta do caso.³⁵ A mesma resulta de um procedimento cognitivo (heurística) baseado em expectativas e na tendência natural dos seres humanos para ver o que eles esperam ver.³⁶

O uso de julgados (ou pior, de suas ementas) no Brasil com muito pouca recorrência são fruto de uma análise profunda de seus pressupostos (analogia integral do caso atual e passado), mas mediante uma escolha daquela decisão que ateste uma determinada linha de raciocínio.

Como combate a estas deturpações de-

se as jurisdições superiores viessem a atribuir qualquer significado a qualquer texto, as jurisdições inferiores e os próprios jurisdicionados não teriam como regular as suas próprias condutas. No exemplo do juiz constitucional, uma sequência de interpretações arbitrárias poderia conduzir a que se colocasse em questão a sua legitimidade, mas, sobretudo, ele não poderia continuar a determinar, como atualmente o faz, o conteúdo de toda a legislação futura” JUST DA COSTA E SILVA, Gustavo; ASSIS, Igor. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. *Revista Caderno de Relações Internacionais*, v. 5, n. 8, jan-jun. 2014, p. 168. Os próprios autores constatam algumas incongruências no discurso realista e que o projeto estaria inacabado. Preferimos pontuar que o discurso positivista/realista está umbilicalmente ligado a concepções que aposta em virtudes que os decisores, por serem humanos, não conseguem atingir em termos de *fairness*.

34 RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The daubert/kumho implications of observer effects in forensic science: hidden problems of expectation and suggestion, 90 *Calif. Law Review*. 1, p. 9, 2002.

35 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. Precedentes no Novo CPC: é possível uma resposta correta? *Revista Justificando*. 2015. Acessível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta->>.

36 RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The daubert/kumho implications of observer effects in forensic science: hidden problems of expectation and suggestion, cit.

cisórias, o processo (constitucionalizado, com garantias *v.g.* do contraditório e do devido processo constitucional) acaba viabilizando uma contramedida corretiva (contrafática) aos vieses (*debiasing*)³⁷ especialmente porque um “problema para muitas decisões é que as pessoas fazem julgamentos com base na informação limitada que vem à mente ou entregues pelo ambiente, que é muitas vezes incompleta ou tendenciosa – um fenômeno que Kahneman (2011) chama de ‘o que você vê é tudo que existe.’”³⁸

Nestes termos *o processo constitucional acaba servindo de garantia dialógica de debiasing.*

Os “números”³⁹ do sistema processual

37 *Debiasing* refers to any technique that is designed to prevent or mitigate cognitive bias. LARRICK, Richard P. *Debiasing. Blackwell handbook of judgment and decision making.* Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004, p. 326-327.

38 SOLL, Jack B.; MILKMAN, Katherine L.; PAYNE, John W. A user’s guide to debiasing. June 17, 2014. Wiley-Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making, Gideon Keren and George Wu (Editors).

39 “Os aumentos com as despesas e com a força de trabalho foram acompanhados do aumento na quantidade de casos novos e do estoque, em 1,2% e 4,2% no último ano, respectivamente, o que impactou o crescimento da carga de trabalho por magistrado (1,8%), sendo que tramitaram, no ano de 2013, em média, 6.041 processos por magistrado. Em linhas gerais, há um crescimento da litigiosidade de forma mais acentuada que os recursos humanos e as despesas. Enquanto que, no último ano (2013), houve crescimento de 1,5% nos gastos totais, 1,8% no número de magistrados e 2% no de servidores, tramitaram cerca de 3,3% a mais de processos nesse período, sendo 1,2% a mais de casos novos e 4,2% de casos pendentes de anos anteriores. Já o total de processos baixados aumentou em apenas 0,1% em relação ao ano anterior, ou seja, o aumento na estrutura orçamentária, de pessoal e da demanda processual dos tribunais não resultou necessariamente em aumento, proporcional, da produtividade. Tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). É preocupante constatar o progressivo e constante aumento do acervo processual, que tem crescido a cada ano, a um percentual médio de 3,4%. Some-se a isto o aumento gradual dos casos novos, e se tem como resultado que o total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (variação no quinquênio de 13,9%). Apenas para que se tenha uma dimensão desse incremento de processos, a cifra acrescida no último quinquênio equivale a soma do

brasileiro favorecem evidentes deturpações cognitivas por inúmeros fatores, entre eles, o limitado tempo ofertado para o deslinde de cada caso.

E, neste contexto, há de se perceber que alguns esforços de “*debiasing*”, corretivos das distorções decisórias, somente terão sucesso se os vieses forem percebidos e os decisores (participantes) puderem ser persuadidos de que seus preconceitos resultam decisões ruins com consequências no seu trabalho e no seu mundo real,⁴⁰ como, por exemplo, em face da constatação do aumento das taxas de reforma decisórias, no decorrente retrabalho, aumento do tempo processual, sem olvidar, por óbvio, do evidente descumprimento ao devido processo constitucional, que busca viabilizar a obtenção da resposta correta para cada caso em apreciação do Poder Judiciário.

Para tanto, a colegialidade como método de controle deve ser submetida ao teste empírico para verificar se há melhoria dos julgamentos e se criar um sistema eficiente de verificação de erros, buscar sinergias por agregar conhecimentos complementares entre pessoas que interagem, sem olvidar na melhoria estatística, pelo aumento de experiência utilizada para tomar uma decisão.⁴¹

acervo total existente, no início do ano de 2013, em dois dos três maiores tribunais da Justiça Estadual, quais sejam: TJRJ e TJMG. O total de processos baixados, por sua vez, aumenta em proporções menores desde o ano de 2010, com crescimento de 0,1% no último ano e de 9,3% no quinquênio. Tal comportamento é semelhante ao apresentado pelos casos novos, conforme o Gráfico 9. Desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes. Este indicador do total de processos baixados divididos pelo número de casos novos é conhecido como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que diminui desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013.” CNJ, Relatório Justiça em Números, 2014, p. 34 e 35. Acessível em: <<http://migre.me/m4Pls>>.

40 LILJENFELD, Scott O.; AMMIRATI, Rachel; LANDFIELD, Kristin. Giving debiasing away can psychological research on correcting cognitive errors promote human welfare? *Perspectives On Psychological Science*, v. 4, n. 4, 2009, p. 394.

41 LARRICK, Richard P. *Debiasing*, cit., p. 326-327.

Isto não pode desprezar a constatação de Hübner Mendes de que:

(...) a capacidade interpretativa singular da corte é uma mistificação que não se verifica na realidade. Os juízes de uma corte colegiada, no seu dia a dia decisório, negociam e barganham seus votos. A decisão final da corte, com frequência, consiste numa cacofonia de opiniões distintas longe da imaginada qualidade da argumentação com base em princípio.⁴²

Ao lado desta percepção, como atesta Larrick, há de perceber que a colegialidade *de per se* em testes empíricos não garante melhoria decisória, pois membros de um mesmo grupo tendem a manter uma visão semelhante do mundo – e pontos cegos semelhantes.⁴³ Isto faz com que devamos usar a colegialidade para ampliação do espectro de debates, de modo que cada julgador analise os mesmos pontos de discussão que devem se fazer presentes no relatório do caso (art. 489, I, CPC-2015) mas com a exigência fundamental de que os indivíduos devam formular suas próprias hipóteses independentemente uns dos outros antes de trabalhar em grupo para deliberar e decidir; uma vez que, em processos julgados por um grupo, ideias compartilhadas podem desencadear novas possibilidades.

42 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: USP, 2008, p. 127. (tese de doutoramento). Em outro trecho o autor pondera que: “Os juízes estão constringidos pelo sistema político que os circunda. Pensar no papel do juiz exclusivamente a partir de regras de interpretação teria criado uma grande miopia cognitiva. Há muitos outros elementos que limitam o seu poder. Friedman os chamou de ‘círculos concêntricos de influência’. Quatro seriam os níveis principais, que se combinam de maneira peculiar em cada situação: primeiro, o juiz está imerso em uma interação estratégica com outros juízes dentro de um colegiado (espaço em que não há apenas deliberação ou agregação, mas também barganhas e acomodações); segundo, pelas pressões impostas por instâncias inferiores do judiciário; terceiro, pelos outros poderes; e, finalmente, pela opinião pública. Diferentes são os incentivos para atentar-se a cada um desses limites. Credibilidade institucional, reputação e risco de desobediência são os principais deles. Correspondem a constringimentos que juízes necessariamente enfrentam, e que teorias da interpretação ignoram.”, p. 135-136.

43 LARRICK, Richard P. *Debiasing*, cit.

4. Modificação de votos até o resultado

Ainda no tema ora em comento, precisamos perceber alguns aspectos dogmáticos relevantes.

Como corolário da colegialidade há de se perceber a possibilidade expressa no art. 941, § 1º, CPC-2015⁴⁴ de durante a deliberação pública, mediante apresentação dos votos, os magistrados modificarem seu entendimento.

Esta situação já era abordada pela doutrina mais abalizada sob a vigência do CPC-1973, mas inexistia previsão expressa na legislação, somente entendimentos nos tribunais.⁴⁵

Barbosa Moreira, acerca do tema ponderava com a precisão de costume⁴⁶ que

(...) não raro acontece que algum dos juízes, depois de votar, movido por argumentos novos, que se vêm a suscitar na discussão subsequente, ou pela melhor ponderação dos que já haviam sido suscitados, chega a convencer-se de que a solução correta é diferente daquela a cujo favor se manifestara. Seria absurdo proibir-se em termos absolutos a modificação do pronunciamento emitido, pois assim se eliminaria precisamente

44 “Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. § 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído”.

45 “PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO. RETIFICAÇÃO DE VOTO E RETIFICAÇÃO DO JULGAMENTO: NULDADE. CPC, artigos 463, 556 e 563. I. - Impossibilidade de retificação, em sessão seguinte, de votos e do julgamento já proclamados, dado que, proclamada a decisão, o Tribunal cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la nos casos inscritos nos incisos I e II do art. 463, CPC. II. - Nulidade dos atos processuais seguintes a conclusão para o fim de ser lavrado o acórdão. III. - Recurso provido”. STF, RMS 21.827, 2ª T, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 25-03-1994, p. 06012. Tal entendimento foi criticado em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?, *in Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Saraiva, 2001, p. 107 *et seq.*

46 Ao comentar o art. 555 do CPC-1973.

*a grande vantagem do julgamento colegiado, que reside em propiciar a influência dos raciocínios expostos pelos diversos votantes sobre a formação do convencimento dos seus pares. Por outro lado, é intuitivo que a possibilidade de modificar o voto proferido não há de prolongar-se indefinidamente, sob pena de comprometer, de modo intolerável, a estabilidade dos julgamentos e a segurança das partes.*⁴⁷

Em decorrência do silêncio do CPC-1973 acerca do tema, o CPC-2015 estabelece a possibilidade de alteração do voto *até a proclamação do resultado pelo presidente do colegiado. Este é o marco de alteração dos votos.*

5. Incidente de ampliação do colegiado para julgamentos não unânimes – art. 942 CPC-2015⁴⁸

De todos os aspectos até o presente momento enfrentados percebe-se que o CPC-2015 prestigia a ampliação do colegiado em julgamentos. Isto claramente é prescrito com a necessidade de grupos de juízes mais am-

plos e dialógicos para a formação de parcela de seus precedentes, como serão as hipóteses de julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC – art. 947, § 1º, CPC-2015) e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR – art. 978 CPC-2015).

E, dentro deste marco, a nova legislação estabelece que, em alguns *pronunciamentos dos tribunais não unânimes*, será possível a ampliação incidental do colegiado mediante técnica disposta no seu art. 942 CPC-2015, que, vem posta como um substitutivo de um recurso previsto no CPC-1973 (embargos infringentes) que sofria críticas recorrentes em face do discurso jurídico de diminuição dos recursos, como se os mesmos fossem a verdadeira causa dos déficits de celeridade e resultados de nosso sistema jurídico.

Como já apontamos, os problemas de celeridade do sistema encontram-se mais ligados à quantidade de demandas existentes, ausência de administração adequada das rotinas administrativas, baixo ataque dos tempos mortos, entre outros fatores.⁴⁹

Lima, comentando o equívoco deste discurso em 1976, dizia que

(...) como decorrência das objeções à existência do segundo grau, em qualquer de suas modalidades, apresenta-se uma solução extremamente simplista: *abolir os recursos*, o que importa, em última análise, em suprimir o segundo grau. Isso, porém, não resolveria o problema, no seu verdadeiro sentido jurídico e ético. Outro mal surgiria, pelo arbítrio concedido aos juízes inferiores, pelo desgaste do prestígio do Poder Judiciário, pelo ambiente de insegurança no seio da coletividade, pela possibilidade, até, de gerar opressão estatal. A história demonstra que o instituto recursório tem sido um dos meios mais eficientes contra a tirania

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2002, p. 650.

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

49 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 169, 2009, p. 116-140.

dos governantes. Além disso, a supressão dos recursos “equivaleria a um sistema de tratamento que terminará com as doenças, matando os enfermos”.⁵⁰

Já tivemos oportunidade de explicar em outra sede alguns dilemas do art. 942 CPC-2015 e seu papel como substitutivo do recém extinto recurso de embargos infringentes:⁵¹

O recurso de embargos infringentes é instituto peculiar do sistema processual luso-brasileiro, sendo que, no direito português, tal recurso foi suprimido do ordenamento jurídico em 1939.⁵² A manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal brasileiro é objeto de controvérsia na doutrina, diante do antigo dilema entre celeridade processual e segurança jurídica^{53 54}. Na versão originária do Código de Processo Civil de 1973, os embargos infringentes eram cabíveis contra julgamentos não

unânicos proferidos em apelação ou ação rescisória, sendo irrelevante se a sentença era terminativa ou com resolução de mérito, bem como se houve a reforma, anulação ou manutenção da sentença. Contudo, com o advento da Lei nº 10.352/2001, houve a exigência de que o acórdão não unânime tivesse reformado, em grau de apelação, sentença de mérito, ou seja, adotou-se o critério da retirada de cabimento na hipótese de dupla sucumbência (dupla conformidade). Já o Código de Processo Civil de 2015 extingue o recurso de embargos infringentes, cambiando seu perfil recursal em técnica de julgamento. O artigo 942 do novo CPC disciplina que, quando o resultado do julgamento da apelação não for unânime, haverá a sua suspensão, prosseguindo após a convocação de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Note-se que o *caput* do artigo 942 não exige que a sentença seja de mérito e não estabelece que o resultado não unânime do julgamento da apelação esteja reformando a sentença, para que seja aplicada a nova técnica de julgamento. Contudo, o § 3º do artigo 942 do novo Código de Processo Civil prevê que essa técnica de julgamento também se aplique à ação rescisória, quando o resultado for a rescisão do *decisum*, bem como ao agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma de decisão interlocutória que julgar parcialmente o mérito. Isto geraria numa interpretação literal a conclusão de que o critério da dupla sucumbência aplicar-se-ia em julgamentos de rescisória e agravo de instrumento, mas não no julgamento da apelação. No entanto, esta análise criaria uma incongruência com o sistema do Código de modo que, apesar do *caput* do artigo 942 não dispor expressamente sobre o tipo da sentença (com resolução de mérito ou terminativa) e sobre o resultado do julgamento (anulação, reforma ou manutenção da sentença), entendemos que essa técnica somente será cabível no julgamento não unânime que reformar

50 LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 399.

51 NUNES, Dierle; DUTRA, Victor; OLIVEIRA JR., Délio Mota de. Honorários no recurso de apelação e questões correlatas. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CARMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Honorários advocatícios. Grandes temas do Novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 635-637.

52 BARBORA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, v. V, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 516.

53 Na Exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid ponderou que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”. (BUZOID, Alfredo. *Anteprojeto de código de processo civil*. Item 35 da Exposição de Motivos, p. 36).

54 Favoráveis a supressão dos Embargos Infringentes no sistema processual brasileiro: LIMA, Alcides de Mendonça. Os recursos no anteprojeto do código de processo civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 386, p. 11. ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Embargos de nulidade e infringentes do julgado*. São Paulo, 1965, p. 68. Em sentido contrário: JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord: Tereza Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 262

sentença de mérito, na medida em que o *dispositivo* deva ser interpretado em sintonia com sua integralidade e coerência, levando em consideração o § 3º do artigo 942. Destaque-se, ainda, que o novo Código de Processo Civil assegura às partes e a eventuais terceiros o direito de produzirem nova sustentação oral, em razão da convocação dos demais julgadores. Esta sistemática da nova técnica decisória, quando configurada a hipótese de cabimento, deve ser observada e aplicada de ofício pelo tribunal, independente de requerimento das partes ou interessados, na medida em que decorre de imposição legal. Constata-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil, apesar de suprimir o recurso de embargos infringentes, tornou-o técnica de julgamento, com o intuito de permitir a ampla rediscussão da causa, possibilitando que os julgadores examinem a matéria controvertida com mais afinco. A alteração legislativa visa garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, ao mesmo tempo em que assegura a razoável duração do processo, eliminando o tempo de interposição do recurso de embargos infringentes e reduzindo o seu processamento. Entretanto, corre-se o risco desta técnica de julgamento ter a consequência de eliminar a instauração da divergência entre os julgadores, que preferirão chegar em um (pseudo) consenso antes do julgamento (em seus gabinetes), com a finalidade de evitar o procedimento legal de suspender o julgamento e convocar outros desembargadores para dirimir a controvérsia.⁵⁵

Esta potencial formação de falsos consensos para se evitar o emprego do incidente em comento seria, ainda, o lócus para se retornar à discussão da mudança do modelo de deliberação e elaboração do acórdão eis que a

mudança do método *seriatim* para o modelo *per curiam* do proferimento de decisão pelo colegiado (acima explicado no item 2) poderia mitigar o empobrecimento que os pseudoconsensos poderão gerar na prática.

A elaboração de uma acórdão em texto único linear (ao invés de votos isolados) constando todos os debates dos julgadores poderia facilitar na extração dos fundamentos determinantes, tão caros ao novo sistema de precedentes adotado.

Além do risco desta imposição estratégica de falsos consensos, o incidente de ampliação de colegiado, como pontua Couy, pode gerar outros questionamentos:

É preciso verificar sob a perspectiva do processo constitucional se com a “*técnica de julgamento não unânime*”, é possível garantir o amplo espaço discursivo assegurado constitucionalmente, já que a mencionada mudança não prevê sequer a remessa de cópia das peças principais a todos os julgadores para permitir a revisão do acórdão não unânime e a análise detida e prévia de todo o conteúdo das questões a serem julgadas. Assim, constata-se que com a nova “*técnica de julgamento*” há um risco considerável de a Turma Julgadora não ter sequer efetivamente prévio acesso à íntegra dos autos do processo, com prévia análise de todos os argumentos e questões, o que acarretará, consequentemente, a ausência de debate de forma participada, com garantia de influência, comprometendo-se a possibilidade de reversão do julgado. Outro ponto é que não seria razoável o prosseguimento do julgamento na mesma sessão, caso seja possível, diante da existência de Desembargadores suficientes para reverter o julgamento, em virtude de voto divergente, porque certamente contraditório e ampla defesa nesta hipótese seriam tão somente *pro forma*, já que não asseguram o devido processo legal de forma plena, diante da ausência na prática do amplo debate e menos ainda análise detida dos autos do processo, com decisão fundamentada em relação aos demais Desembargadores que

55 Destaque-se que o recurso de embargos infringentes, previsto no Código de Processo Civil 1973, viabilizava um alto índice de sucesso e representava um percentual muito baixo dos feitos dos tribunais, de modo que entendemos que não havia razão para a sua supressão no Código de Processo Civil de 2015.

passarem a julgar os embargos infringentes na mesma sessão em que se iniciou o julgamento com voto divergente. Não há como haver ampla defesa e participação plena, com análise de todos os fundamentos e argumentos apresentados pelas partes pelos novos Julgadores, já que não há como fazer tal estudo na própria sessão de julgamento.⁵⁶

Percebe-se que a nova técnica somente viabilizará uma colegialidade corretiva caso não se prossiga o julgamento na mesma sessão de julgamento (como permitido em seu § 1º) de modo a salvaguardar a possibilidade de deliberação embasada em amplo conhecimento da causa ou recurso em julgamento. Caso contrário, poderemos abrir tão só um aumento numérico de votantes mas não a uma melhoria decisória.

Nestes moldes, uma interpretação constitucionalmente conforme impõe a impossibilidade de continuidade do julgamento na mesma sessão de modo a subsidiar aos demais votantes possibilidade de efetivo conhecimento do caso.

No entanto, para os advogados, em face do novo incidente e da possibilidade de continuidade de julgamento na mesma sessão (que reputamos constitucionalmente inadequada), seria relevante, em algumas hipóteses (muito específicas), por cautela, a apresentação de memorial para os julgadores que, em princípio, não participariam do julgamento pela potencialidade de ampliação do colegiado.

6. Considerações finais

O modelo normativo participativo do CPC-2015 procura constituir novas premissas decisórias nas quais o debate genuíno deva ser encarado como pressuposto dos julgamentos,

mediante a adoção de efetivas fases preparatórias e de uma nova *colegialidade corretiva* que não seja uma reprodução do erro em grupo, nem uma ferramenta metodológica de legitimação de uma decisão superficial tomada por um e chancelada acriticamente pelos demais julgadores nos tribunais.

Igualmente, devemos problematizar a prática viciada de decisões plurais das quais não se torne possível a extração de fundamentos determinantes.

A colegialidade corretiva deve ser encarada como uma garantia vinculada ao contraditório dinâmico (previsto nos arts. 5º, LV, CRFB/88, 10 e 933 CPC-2015) de modo a se estruturar um modelo deliberativo do qual se consiga extrair julgados com fundamentação panorâmica e profunda, hábil de ser aplicado como precedente e favorecer a aplicação do direito.

Especialmente na formação dos precedentes obrigatórios, a colegialidade deve assumir um papel diferenciado para que o tribunal julgue melhor e otimize o trabalho futuro dos próximos decisores. Ampliar o debate nos primeiros julgados para facilitar a aplicação legítima e eficiente do direito nos demais.

Tal garantia permitirá inclusive a mitigação de vieses cognitivos tão recorrentes em qualquer contexto decisório, na vida ou no direito, e que reduzem o alcance de uma decisão correta.

Se o que se busca é um modelo de processo eficiente e em conformidade com os ditames do constitucionalismo democrático, a colegialidade corretiva deverá promover a adequação do ordenamento jurídico a um modelo deliberativo e participativo.

O CPC-2015 é uma grande oportunidade de reflexão de nossas práticas viciadas.

Que tenhamos a humildade para perceber nossos erros e limitações e a coragem para nos abirmos a novas perspectivas melhores e mais democráticas.

⁵⁶ COUY, Giselle Santos. Da extirpação dos embargos infringentes no novo código de processo civil – um retrocesso ou avanço? *Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões jurídicas*, v. 6. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 28