



UNIVERSIDADE FEDERAL DE LAVRAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**UMA ANÁLISE DOS *COGNITIVE BIASES* A PARTIR DO PROCESSO
CONSTITUCIONAL: a oralidade como proposta de enfrentamento e de
construção da imparcialidade decisória**

LAVRAS
2019

VALBER ELIAS SILVA

**UMA ANÁLISE DOS *COGNITIVE BIASES* A PARTIR DO PROCESSO
CONSTITUCIONAL: a oralidade como proposta de enfrentamento e de
construção da imparcialidade decisória**

Monografia apresentada à
Universidade Federal de Lavras,
como parte das exigências à
obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Fernanda
Gomes e Souza Borges

**LAVRAS
2019**

À minha amada Rita.

AGRADECIMENTOS

É tempo de agradecer. Expressar o sentimento de gratidão a todos aqueles que fizeram – e fazem – parte deste trabalho e de minhas conquistas é uma tarefa árdua, ao passo que se demanda que esse reconhecimento se dê por escrito, em simples palavras corridas, muitas vezes, incapazes de carregarem meus sentimentos a cada envolvida e envolvido. A realização deste trabalho de conclusão de curso frutificou em mim o amadurecimento intelectual e a certeza pelo meu amor ao Processo Constitucional, figura essencial ao tão sonhado Estado Democrático de Direito ao Brasil.

Início, então, minhas demonstrações de gratidão agradecendo a Deus pelas bênçãos sobre mim estendidas nestes cinco anos de graduação, possibilitando que eu me descobrisse enquanto pessoa, pesquisador e apaixonado pelo direito processual. Em seguida, não poderia deixar de registrar meu dileto agradecimento à minha orientadora, Fernanda Borges, que esteve presente em minha vida, auxiliando para que eu trilhasse o caminho até a ciência do processo, do qual me orgulho. Fernanda, muito obrigado!

À minha amada tia Rita Helena, reconheço toda doçura e paciência ao me apresentar o Direito e me propiciar os primeiros passos na longa caminhada que pretendo estreitar no processo civil, com probidade e retidão. À minha querida avó Maria Helena, reconheço seu esforço, amor e admiração em todos os conselhos para o mundo profissional, com base em sua experiência enquanto mulher empoderada em tempos de uma sociedade machista e patriarcal. Aos meus pais, sou grato pelo carinho que, do jeito especial de cada um, me proporcionam.

Também devo registrar minha gratidão e afeto por grandes amigos que marcaram minha trajetória e meu crescimento enquanto graduando de Direito em Lavras/MG, em especial à Viviane Yamamoto, Carolina Alvarenga e Amanda Urias, as quais estiveram ao meu lado nos momentos em que mais necessitei de uma palavra amiga, de um abraço e de um sonho para ser conquistado.

Não menos importante, acrescento meu carinho e admiração por uma amiga que conheci às vésperas do fim da graduação, mas que, da mesma forma e sob seu

jeito, me acrescentou, e, inclusive, se faz viva neste trabalho por meio de suas leituras e revisões: Simone.

A todas e todos, meus sinceros agradecimentos. Com certeza, este trabalho não existiria desta forma sem a presença de vocês em minha vida.

“Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”.
Montesquieu, 1748

RESUMO

Este trabalho parte da concepção teórica do processo enquanto modelo constitucionalizado pela ordem vigente de 1988, ao compreender a imparcialidade decisória como elemento intrínseco da jurisdição sob a égide do Estado Democrático de Direito, entendido como fusão técnica entre Estado de Direito e Estado Democrático. Analisa-se, então, a presença dos *cognitive biases* (ou *heuristics*), descobertos recentemente pela psicologia cognitiva comportamental, enquanto vícios (in)conscientes, consistentes em atalhos cognitivos, que acometem o processo decisório humano e, conseqüentemente, a decisão judicial, de modo a impelirem os agentes a decisões subótimas, à luz de conhecimentos parciais sob o objeto da controvérsia analisada. Nesse sentido, aborda-se a sustentação oral enquanto forma democrática de manifestação oral pelas partes no processo, para revisão participada do provimento jurisdicional, segundo modelo policêntrico de processo. Incentiva-se, com efeito, o uso de referida ferramenta processual, segundo as hipóteses de cabimento do artigo 937 do Código de Processo Civil e de lei e regimento interno do respectivo Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Superior, como mecanismo de desviesamento (*debiasing*) cognitivo dos julgadores, na sessão presencial de julgamento colegiado, no segundo grau de jurisdição, a fim de que haja exaurimento argumentativo da matéria pelos decisores, resultando num deslinde que de fato observe o dever de fundamental racional à luz da reserva legal. O objetivo primordial desta monografia é, destarte, o de garantir plenitude à imparcialidade decisória, mediante revisitação do instituto da sustentação oral, que indiscutivelmente compõe o processo constitucional. Para tanto, fez-se um levantamento bibliográfico, partindo-se do marco teórico do processo constitucional, concebido por José Alfredo de Oliveira Baracho já em 1984, e dos *cognitive biases*, concebidos pelos cientistas Daniel Kahneman e Amos Tversky, em franco diálogo interdisciplinar entre Direito e Psicologia. Por sua vez, adotou-se o método dedutivo, pelo qual, partindo-se da premissa que a doutrina tem considerado que o desviesamento cognitivo se dá mediante o exercício dos direitos fundamentais do processo constitucional, deduz-se que a sustentação oral também seja capaz de ao menos mitigar os efeitos dos *cognitive biases*.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Constitucional. Cognitive Biases. Sustentação oral. Imparcialidade. Interdisciplinaridade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	10
1.1 O que deve ser entendido por Processo Constitucional	13
1.1.2 Princípios norteadores do Processo Constitucional..	18
1.2 A imparcialidade como direito fundamental dos litigantes..	22
2. OS <i>COGNITIVE BIASES</i>	25
2.1 Conceituação e origem científica	25
2.2 Análise dos <i>cognitive biases</i> no Direito	28
2.3 Os malefícios dos <i>cognitive biases</i> no Processo Constitucional.....	29
3. A ORALIDADE COMO PROPOSTA DE DESENVIESAMENTO (<i>DEBIASING</i>).....	32
3.1 Oralidade: princípio ou regra técnica?.....	32
3.2 Formas de manifestação da oralidade no processo civil contemporâneo.....	34
3.2.1 Oralidade e sustentação oral.....	35
3.3 O julgamento virtual como ameaça à sustentação oral.....	45
3.4 Uma proposta de combate dos <i>cognitive biases</i> por meio da sustentação oral.....	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

Entender o processo enquanto síntese metodológica de promoção dos direitos e demais garantias fundamentais, espalhados na Constituição Federal de 1988, demanda a tarefa sensível de revisitar os mecanismos procedimentais dos atos no processo, a fim de verificar se eles, fidedignamente, estão em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, recentemente reiteradas no corpo do Código de Processo Civil, com o advento da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Calcado nessa premissa, este trabalho assumiu o compromisso de proceder a uma análise – sem a ambiciosa pretensão de exaurir a polêmica – do instituto da sustentação oral, tal como tratado pelo atual Código de Processo Civil (com as hipóteses de cabimento no artigo 937). Para isso, promove-se uma análise à luz dos estudos da psicologia comportamental cognitiva, que denunciam o padecimento humano aos *cognitive biases*, no processo decisório. Isto é, atalhos cognitivos que levam à produção de decisões subótimas e que, por conseguinte, afetam a imparcialidade decisória. Isso porque a imparcialidade é elemento intrínseco para se cogitar a jurisdição constitucional, ou seja, uma análise em consonância com o Estado Democrático de Direito.

O objetivo precípua desta investigação científica é verificar se a sustentação oral¹ tem o condão de promover o des viesamento cognitivo, a fim de se verificar as reais condições de se existir, no mundo real, o devido processo constitucional, do que se inclui, como já dito, a imparcialidade decisória.

No momento inicial deste trabalho, apresentamos a ideia principal que permeia todo nosso estudo acerca da sustentação oral e dos *cognitive biases*, mediante movimento interdisciplinar entre Direito e Psicologia Cognitiva Comportamental, cuja interlocução se constitui como uma necessidade iminente para avanço do conhecimento humano.

Destinamos o primeiro capítulo à apresentação das principais acepções teóricas acerca do que se entende por processo jurisdicional, elencando os principais expoentes de cada uma dessas teorias. Nesse momento, optamos pelo uso da Teoria Constitucionalista do Processo, elucidando as razões que o

¹ Neste trabalho, a oralidade será tratada sob o instituto da sustentação oral.

motivaram à referida escolha, com base nos aportes teóricos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, José Alfredo de Oliveira Baracho e Rosemiro Pereira Leal. Ainda, apresentamos os princípios centrais do Processo Constitucional e é abordada a imparcialidade decisória como elemento intrínseco da jurisdição constitucional.

Para o segundo capítulo, o foco é destinado aos *cognitive biases*, produto de descoberta científica da Psicologia Comportamental Cognitiva, especialmente dos cientistas Daniel Kahneman e Amos Tversky. Nesse sentido, além de situar a descoberta dos *cognitive biases* supramencionada, apresentamos um panorama das referidas deturpações cognitivas no Direito e dos malefícios delas para o devido processo constitucional, tomando como marco teórico a obra de Eduardo José da Fonseca Costa.

Já o terceiro capítulo dedica atenção à sustentação oral como manifestação da oralidade no processo civil atual. Para tanto, analisamos a importância do referido ato processual para revisão participada das partes do provimento jurisdicional, em sessão presencial de julgamento, perante o órgão colegiado. Além disso, apresentamos a realidade forense atual em meio ao avanço da tecnologia, caracterizada, também, pela virtualização do julgamento e emprego da inteligência artificial, com um aumento desenfreado – e tormentoso – dos julgamentos, sob o sacrifício da fundamentação racional das decisões jurisdicionais e do exaurimento argumentativo em prol do devido processo constitucional. Em momento posterior, demonstramos o uso da sustentação oral como proposta de *debiasing* (desenviesamento cognitivo) no Tribunal, a quem compete o julgamento de recursos (princípio do duplo grau de jurisdição) e de ações de competência originária.

No momento último deste trabalho, concluímos pela conscientização da importância do uso da sustentação oral como importante ferramenta potencial de desenviesamento cognitivo, a fim de que haja efetiva colegialidade pelos julgadores (Relator e Vogais) e participação das partes (que sofrerão os efeitos do ato decisório na esfera jurídica de cada qual) na revisão do provimento jurisdicional, em combate a uma tendência repudiável de “monocratização” dos Tribunais, panaceia que, expressamente, repudiamos.

1. PROCESSO CONSTITUCIONAL

Vividas duas décadas de regime militar, o advento da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, foi divisor de águas no âmbito político e jurídico-normativo, ao reestruturar o Estado Nacional, após um período cinzento, marcado por arbitrariedades e massacres a direitos e garantias das pessoas enquanto seres sociais. Nesse diapasão, o Poder Constituinte Originário inovou normativamente ao ter incorporado, no artigo 1º, Título I, que trata “dos Princípios Fundamentais”, o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe roupagem de elemento normativo-chave da ordem jurídica do Estado². Além disso, o Poder Constituinte Originário elevou uma constelação de direitos e garantias fundamentais, espalhados em todo o texto, à um plano não passível de alteração – ainda que por Proposta de Emenda à Constituição (PEC) –, ao qual denomina-se de cláusulas pétreas³.

Com efeito, a locução “Estado Democrático de Direito” deve ser compreendida como a fusão técnica entre a limitação do exercício do poder pelo Estado, vinculado ao Direito (Estado de Direito), e o princípio democrático, segundo o qual o poder será exercido pelo povo, diretamente ou por representantes eleitos direta ou indiretamente, conforme previsto no artigo 1º, § único da Constituição Federal de 1988 (Estado Democrático). A propósito, essa acepção garantista do princípio fundante do Estado é denominada de *democrazia costituzionale*⁴ para os italianos.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias comenta que essa confluência entre Estado de Direito e Estado Democrático, explicitamente promovida pela nova ordem constitucional de 1988, condensou aludidos princípios num produto de Estado Constitucional Democrático de Direito, os quais devem

² Camilla Mattos Paolinelli preleciona que, com a Constituição Federal de 1988, “(...) o Estado Democrático de Direito é eleito como matriz disciplinar de caráter principiológico que deve orientar todas as cogitações normativas na contemporaneidade”. E prossegue dizendo que “(...) este caráter principiológico não advém somente do fato da previsão do Estado Democrático de Direito estar inscrita no título referente aos princípios fundamentais. Isso porque, também separadamente, tanto a Democracia quanto o Estado de Direito foram erigidos à categoria de princípios fundamentais” (O que é Processo Constitucional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, PUC Minas Serro, n. 13, p. 36, jan./jul. 2016, ISSN 2176-977X).

³ “Essa ideia de supremacia da Constituição renasce após a guerra para implementar uma virada radical, para assegurar a todos que agora existiria uma lei fundamental capaz de impedir que se reafirmassem, no futuro, as condições para um retorno ao recente passado ditatorial” (FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n. 58, p. 11, 2013).

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia costituzionale**. Revus [Online], 18 | 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revus/2291>>. Acesso em: 05 out. 2019.

(...) ser compreendidos como sistemas jurídicos-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.⁵

Não se trata de equívoco tautológico do Poder Constituinte o emprego da expressão “Estado Democrático de Direito”, uma vez que a estrita vinculação do Estado ao Direito (Estado de Direito) não impede a sobrevivência de Estados autoritários, cujo retrocesso tirânico não pode ser admitido, após duas décadas de experiência catastrófica, que custou vidas ao povo brasileiro.

Logo, sem a pretensão de aprofundar a discussão, é imprescindível o exercício de postura reflexiva pelos cidadãos se de fato tem sido vivenciado um Estado Democrático de Direito ou apenas um simulacro dele. Eis que as bases dessa estrutura política e jurídica ainda não estão consolidadas em solo brasileiro, na medida em que notoriamente se proliferam patologias substanciais no seio das instituições de mais alto escalão, a ponto de se colocar em xeque a confiança do povo sobre os órgãos que com ele firmaram contrato social.

A título de exemplo, mencionamos casos de grande repercussão nos quais podemos identificar vulnerabilidades do Processo Constitucional: (1) o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “guardião” da Constituição⁶ e por seu órgão Pleno, deturpa os limites semânticos do princípio da não culpabilidade - pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁷ – a fim de, inadvertidamente, possibilitar a execução provisória da pena logo após decisão condenatória em 2ª instância do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva⁸, sem o esgotamento recursal da discussão, impedindo referido cidadão de ser presidenciável para as eleições de 2018; (2) o vazamento recente de diálogos mantidos informal e extraoficialmente entre Procurador da República e Juiz Federal responsável – que deveria ser equidistante

⁵ **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 65.

⁶ O artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988 preconiza que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

⁷ Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus* nº 152752/Paraná (Numeração Única Processual 0065386-58.2018.1.00.0000). Luiz Inácio Lula da Silva, Cristiano Zanin Martins e outros e Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília/DF. Data do Julgamento: 04 abr. 2018. Diário da Justiça Eletrônico: 27 jun. 2018.

das partes, para preservar a imparcialidade decisória e, com isso, a legitimidade do provimento jurisdicional –, nos quais o julgador, deliberadamente, sugere à acusação a inversão de testemunhas e substituição de Procuradora responsável⁹; e (3) o fato de um recurso extraordinário permanecer sob tempo morto¹⁰ há onze anos, tendo havido nesse ínterim o óbito do *amicus curiae*, que aguardava o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, situação que impeliu as advogadas, por ele constituídas, a peticionarem desejando “parabéns, Ministra, pela demora!”¹¹.

Evidente que as amostras de um deficiente Estado Constitucional, o qual infelizmente se aporta no Brasil e aflige instituições, demandam postura firme da sociedade, na cobrança aos governantes eleitos e ao Judiciário acerca do salutar respeito aos direitos e garantias fundamentais, conquistados após protestos, sangue, exílios e arbitrariedades de toda a sorte, ao longo do nosso processo histórico.

Deveras, o Estado Democrático de Direito é um valor precípuo que deve ser buscado continuamente pelos cidadãos, em defesa dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito confere ao cidadão o direito fundamental à jurisdição¹², que, ao mesmo tempo, constitui-se em atividade-dever estatal, em decorrência do monopólio do exercício legítimo da coação física¹³.

Já o exercício da jurisdição, função proeminente do Estado¹⁴, reclama a existência do processo como ambiente propício para o amplo debate entre as partes

⁹ **Mensagens entre Moro e Dallagnol podem abalar imparcialidade da Lava Jato.** El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/10/politica/1560128085_319045.html>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁰ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias menciona as “(...) ‘etapas mortas’, as quais se traduzem longos espaços temporais de completa inatividade procedimental” (**Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 212).

¹¹ **‘Parabéns, ministra, pela demora’, diz advogada a Rosa depois de cliente morrer esperando julgamento.** Jornal Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/parabens-ministra-pela-demora-diz-advogada-a-rosa-depois-de-cliente-morrer-esperando-julgamento/>>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹² O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹³ Na língua alemã *Gewaltmonopol des Staates*. “O Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o ‘território’, faz parte de suas características – reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima” (WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1982, p. 98).

¹⁴ Ressalva-se, todavia, a jurisdição arbitral, regulamentada pela Lei Federal nº 9.307/1996. Considerando-se, todavia, que (1) apenas pessoas capazes de contratar podem se submeter ao juízo arbitral – o que inclui a Administração Pública, a teor das alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.129/2015 –, (2) a questão deve ser relativa a direitos patrimoniais disponíveis, e (3) exige-se consenso, derivado da autonomia de vontade das partes envolvidas, para submissão ao juízo arbitral – por meio da convenção de arbitragem –, fala-se em jurisdição como função proeminente do Estado,

– conflito entre particular e o Estado, ou de particulares entre si, sejam pessoas naturais e/ou jurídicas –, envolvidas na lide, para a produção do provimento jurisdicional (ato decisório) pelo agente público julgador.

1.1 O que deve ser entendido por Processo Constitucional

A concepção doutrinária do que é processo não é unânime, do que deriva uma plêiade de teorias incumbidas à interpretarem-no. Dentre as teorias, arrolam-se as principais: (1) Teoria do Processo como Relação Jurídica, (2) Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, (3) Teoria Constitucionalista do Processo e (4) Teoria Neoinstitucionalista do Processo¹⁵.

A Teoria do Processo como Relação Jurídica, inspirada em Oscar Von Bülow, advém do trabalho capitaneado pelo jurista italiano Enrico Tullio Liebman, que sustentava o processo enquanto relação jurídica triangular, composta por juiz e partes (autor e réu)¹⁶. Desse modo, o processo é instrumento para o exercício da jurisdição, colocando-a à disposição do Estado e personificado na figura do juiz, enquanto protagonista da decisão judicial. Dierle José Coelho Nunes comenta que

(...) Bülow estruturou uma autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídico processual (Prozessrechtsverhältnis), relação publicística lastreada primordialmente na figura do juiz, porque as partes se apresentam como meros colaboradores.
17

Não obstante, o instrumentalismo processual é um campo estéril para a democratização do provimento jurisdicional, porquanto coloca o juiz num altar de superpoderes, a fim de dizer verticalmente o melhor direito em detrimento da efetiva participação dos jurisdicionados, que terão suas esferas jurídicas impositivamente interceptadas pelo provimento jurisdicional. Há um latente e indesejável protagonismo judicial, concepção que, a nosso ver, não se coaduna com a ordem constitucional vigente.

até porque as atividades executivas das sentenças arbitrais competem ao Judiciário, dada a ausência de *imperium* ao juízo arbitral.

¹⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 65.

¹⁶ DA SILVEIRA ESPINDOLA, Angela Araujo; JOBIM, Marco Félix. As Escolas de Direito Processual e o Ensino Do Direito. **Revista Eletrônica De Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro, 2014. v. XIII. p. 231-235. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁷ **Processo Jurisdicional Democrático**. 1ª ed. (ano 2008), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 100.

Por sua vez, a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório foi enunciada por Elio Fazzalari, na Itália, e trazida para terras brasileiras por Aroldo Plínio Gonçalves, por meio da obra “Técnica processual e teoria do processo”¹⁸. Nessa teoria, o processo é espécie do gênero procedimento – que se caracteriza por uma estrutura normativa para apurar fatos, estabelecer obrigações e direitos –, cuja *ratio distinguendi* é o contraditório, caracterizado pela simétrica paridade participativa dos litigantes na construção do provimento jurisdicional, isto é, pela igualdade de oportunidades de manifestação no processo para edificação do ato decisório¹⁹.

A Teoria Constitucionalista do Processo, apoiada no princípio da supremacia da Constituição e tendo como precursores Héctor Fix-Zamudio (no México) e José Alfredo de Oliveira Baracho (no Brasil), advoga que o processo deve ser tido como garantia metodológica para tutela jurídica à direitos fundamentais e à outras garantias coexistentes, em decorrência da jurisdição constitucional conferida ao Estado²⁰.

Essa concepção garantista para a ciência do processo também encontra repouso na doutrina de Eduardo José da Fonseca Costa, para o qual não há como se falar em processo subtraindo dele o “ser constitucional”, ou seja, “(...) uma processualística sem uma constitucionalística do processo que lhe subjaza e a anteceda é episteme sem fundamento”²¹.

Além disso, a Teoria Neoinstitucionalista do processo, alçada por Rosemiro Pereira Leal, tem como norte teórico os conhecimentos científicos produzidos pelo filósofo Karl Popper, concebendo o processo como:

(...) uma instituição jurídico-linguística autocrítica de criação, atuação, modificação e extinção de direitos e deveres (de lege lata e de lege ferenda), compondo-se dos institutos do contraditório, ampla defesa

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

¹⁹ Ibid., p. 90.

²⁰ Para Fernanda Gomes e Souza Borges: “(...) a partir da Constituição de 1988, com a opção constitucional do povo pelo Estado Democrático de Direito, a jurisdição passou a ter concepção de direito fundamental, em conexão direta com o devido processo legal na realização dos direitos fundamentais. Via de consequência, o entrelaçamento do Processo Constitucional com a jurisdição constitucional, compreende o conjunto das garantias que exercem o papel de assegurar a concretização destes mesmos direitos fundamentais” (**A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 47).

²¹ **O processo como instituição de garantia**. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <<https://conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 26 out. 2019.

e isonomia, como juízos lógico-argumentativos biunívocos, respectivamente, à vida, liberdade e dignidade-igualdade humanas, assume denominações direcionadas à implantação e operacionalização (implementação) do paradigma processual de Estado de Direito Democrático numa intradiscursiva concepção coinstitucional pós-moderna desvinculada das ideologias paideicas e iluministas.²²

Ressaltamos que a concepção adotada neste trabalho é a que concebe o processo em uma perspectiva constitucionalista. O Processo Constitucional é a garantia relacional entre sujeito-jurisdicionado e Estado, para que este último, sob provocação do primeiro (inércia da jurisdição) e perante uma crise de direito material, efetive o princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito e o direito à jurisdição. Em resultado dessa interação jurisdicional entre partes e juiz ter-se-á a legitimidade do provimento jurisdicional, mediante a prévia construção participada do ato decisório para o qual o procedimento, regulado pela legislação infraconstitucional, se pautou em toda a gama de atos lógicos interligados entre eles²³.

Noutras palavras, conforme ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho,

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais, (jurisdição, ação e processo) remete-nos à efetivação dos direitos essenciais.²⁴

Baracho é considerado o precursor da teoria no Brasil em 1984, antes mesmo do começo dos trabalhos para a Assembleia Nacional Constituinte²⁵, porém, a

²² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 60-61.

²³ “O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação jurídica, Processo e Tutelas Jurisdicionais sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Rev. Fac. Min. de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 107, 1º e 2º sem. 2001).

²⁴Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, MG, v. 90, 2004, p. 123.

²⁵SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 16, jul./dez. de 2015, p. 171.

indigitada concepção teórica somente encontrou solo fértil após o início da vigência da ordem constitucional de 1988²⁶.

Não obstante, é mister elucidar que não se está a dispensar a legislação ordinária para o processo jurisdicional constitucionalizado. Legislações infraconstitucionais estabelecem a forma prática com que o procedimento se dará para a prestação jurisdicional. Todavia, essas legislações devem ser lidas sempre sob as lentes da Constituição vigente²⁷, a fim de que, sem exceção, os direitos fundamentais dos litigantes-contraditores sejam respeitados. Afinal, com a ordem constitucional estabelecida pela Constituição Cidadã de 1988, não há como existir direito processual sem que o seja necessariamente constitucionalizado²⁸.

E essa compreensão não poderia ser distinta. Se os direitos fundamentais²⁹ são direitos básicos do cidadão, na condição de seres humanos, que ao Estado

²⁶SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 16, jul./dez. de 2015, p. 183.

²⁷Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior ensina que: “Em virtude do princípio da supremacia da Constituição, o comportamento dos órgãos jurisdicionais durante o desenvolvimento dos processos e o julgamento das causas há, sem dúvida, de ter como ponto de partida a observância das garantias constitucionais do moderno “processo justo”. As leis processuais comuns formam um arcabouço instrumental destinado, sobretudo, a disciplinar os aspectos procedimentais para se alcançar a tutela jurisdicional. De modo algum sua interpretação e manejo podem contrariar as regras e princípios traçados pela ordem constitucional (onde hoje se insere a essência do tratamento jurídico-institucional do processo e da jurisdição). Isto, porém, não pode ser entendido como a liberação do juiz para proceder no processo apenas com respaldo na Constituição, criando procedimentos novos e desprezando aqueles determinados pelas leis infraconstitucionais em vigor. O Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito, onde, portanto, não se vive sob regência do “direito livre” ou “alternativo”, mas da lei emanada do órgão credenciado para instituir a ordem jurídica infraconstitucional. A Constituição é a lei suprema, mas as leis ordinárias são a maneira prática e efetiva de interpretar e traduzir a vontade fundamental, direcionando-a para a grande e pacífica convivência do cotidiano. Em princípio, pois, o que se deve presumir é que as leis comuns são legítimos mecanismos de detalhamento concreto da vontade organizadora geral da Constituição” (Direito processual constitucional. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, v.01, n.04, p. 39-40, outubro e novembro/2009).

²⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 464. No mesmo sentido, preleciona Iván Escobar Fornos que: “El Derecho Procesal Constitucional tiene carácter adjetivo, porque su función es servir de medio para tutelar la vigencia y operatividad de la Constitución. Este carácter adjetivo no le resta importancia e independencia, porque sin medios de defensa que aseguren su cumplimiento, de nada servirían la Constitución y todas sus disposiciones y declaraciones. No es, pues, una norma secundaria o accesoría” (**Introducción al Derecho Procesal Constitucional**. México: Editorial Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 5).

²⁹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias diferencia os direitos fundamentais, em relação aos direitos humanos, prelecionando que “(...) enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto, garantias fundamentais, diversamente, compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (devido processo constitucional ou modelo constitucional do processo) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos

cumpra observá-los e fazer serem efetivados, uma vez que reconhecidos na Constituição, as garantias fundamentais coexistem a fim de propiciarem ao cidadão a competente tutela jurídica em face de lesão ou ameaça aos sobreditos direitos. Assim, preleciona Camilla Mattos Paolinelli³⁰, destacando que:

Nessa perspectiva, concebe-se que enquanto as garantias fundamentais constituem modelos processuais que se destinam a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais na Constituição, os direitos fundamentais são, nada mais, que os direitos humanos internalizados, expressamente declarados nos enunciados constitucionais.

Nessa seara, é de importância salutar que não existam dúvidas quanto à diferenciação técnico-jurídica entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, a cargo da doutrina do Direito Constitucional: os direitos fundamentais são enunciações de direitos humanos constitucionalizadas, ou seja, que o Estado incorporou a sua lei maior, enquanto as garantias fundamentais asseguram que os direitos fundamentais não fiquem limitados a simples enunciações, possibilitando ao cidadão requerer proteção jurídica a fim de que a ordem constitucional seja restabelecida em situações concretas de lesão ou ameaça de direitos. Dessa diferenciação, entende-se, portanto, o processo como garantia do direito fundamental à jurisdição³¹.

Anota-se que José Alfredo de Oliveira Baracho³² vislumbrava exemplos práticos de nulidades no processo que, numa perspectiva constitucionalizada, não podem ser toleradas:

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de

fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade” (**Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 89-90).

³⁰ O que é Processo Constitucional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, PUC Minas Serro, n. 13, p. 44-45, jan./jul. 2016, ISSN 2176-977X.

³¹ “É dentro desse contexto diferenciador entre direitos e garantias fundamentais que se pode conceber a e Jurisdição como direito fundamental (insculpido no art. 5º, XXXV da CR) que só pode ser plenamente efetivado por meio do devido processo constitucional (garantia fundamental)” (PAOLINELLI, Camilla Mattos. O que é Processo Constitucional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, PUC Minas Serro, n. 13, p. 45, jan./jul. 2016, ISSN 2176-977X).

³²BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, MG, v. 90, 2004, p. 71-72.

provas, para correção de erros de procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial, que não viole a garantia do *due process of law*.

Destarte, mesmo não ignorando outras concepções do processo, mostra-se imperiosa a aceção dele enquanto garantia fundamental dos litigantes, para incolumidade do direito fundamental de acesso à jurisdição. Por isso, todas as disposições legais do processo devem constantemente serem lidas – e compatibilizadas – a partir da Constituição vigente, que traça o horizonte normativo pelo qual o ordenamento pátrio deve ser permeado em sua inteireza.

1.1.1 Princípios norteadores do Processo Constitucional

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias³³ enuncia os seguintes princípios, que considera norteadores do Processo Constitucional:

(...) a)- direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso razoável; b)- garantia do juízo natural; c)- garantia do contraditório; d)- garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou de defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico (reserva legal); f)- garantia de um processo sem dilações indevidas.

Mesmo que a principiologia citada seja exemplificativa, vê-se sintonia íntima do processo e do amplo acesso à jurisdição (e não acesso à justiça, termo com manifesta imprecisão técnico-jurídica) com o Estado Democrático de Direito (conexão harmônica e necessária entre a observância ao Direito pelo Estado e o poder exercido pelo povo, pessoalmente ou por meio dos representantes eleitos, conforme Constituição).

Nessa ordem de ideias, não se pode deixar de ressaltar o fértil avanço científico que a doutrina de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias promove para o Processo Constitucional, ao correlacionar a garantia fundamental do contraditório e

³³ **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 172-173.

o dever de fundamentação racional das decisões judiciais à luz do ordenamento jurídico³⁴.

A acepção de contraditório como simétrica paridade participativa na construção do provimento jurisdicional pelas partes, capitaneada por Elio Fazzalari na Itália e trazida ao Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, malgrado tenha sido uma conquista histórica para o devido processo, no combate da conceituação de processo como relação jurídica triangular pela Escola Paulista de Processo, já foi objeto de desenvolvimento doutrinário, entendendo-se atualmente o contraditório como influência e não-surpresa.

Influência porque, numa perspectiva policêntrica entre os sujeitos do processo - em detrimento do protagonismo do juiz, nada sadio para o devido processo³⁵ -, as partes – que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional – não só têm o direito de alinhavarem os argumentos – fáticos e jurídicos – para resolução da controvérsia judicial, como também possuem a garantia de encontrar esses fundamentos, utilizados em manifestações (escritas e/ou orais), no decorrer do itinerário procedimental (em petição inicial, contestação, réplica ou petições intermediárias), efetivamente enfrentados no ato final pelo qual o procedimento se projeta: o pronunciamento judicial.

Ao impedir que as manifestações processuais possam se reduzir a meros monólogos ignorados pela jurisdição, a influência, possibilita às partes – e à sociedade, interessada no restabelecimento da ordem jurídica – a fiscalização (*accountability*) se os argumentos por elas tecidos foram comprometida e seriamente analisados pelo órgão julgador, o Estado-juiz, para que, então, possam exercer a

³⁴ **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 185-187.

³⁵ Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes sustenta que deve-se atribuir igual importância na participação efetiva de juiz e partes na construção do ato decisório final (provimento jurisdicional), ao prelecionar que: “A democratização necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções. Essa concepção evitará o exercício de papéis clientelistas e paternalistas pelo Estado e garantirá o exercício da autonomia. Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da comparticipação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela.” (**Processo Jurisdicional Democrático**. 1ª ed. (ano 2008), 3a reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 198).

impugnação específica dos fundamentos decisórios (dialética essencial para o recurso³⁶) em sede de recurso idôneo.

Lado outro, a não-surpresa (ou vedação a decisão de terceira via – para os italianos, sentença “*terza via*” ou “*a sorpresa*”), além de atribuir ao Estado-Juiz a atividade-dever de atuar como garantidor do contraditório entre os jurisdicionados para o devido processo legal, insere-o como submetido ao dever de observar o contraditório para com as partes³⁷, de modo com que não poderá inovar no processo decisório com argumentos – de fato ou de direito – a despeito dos quais não tenha assegurado prévia atividade dialética entre as partes, ainda que a questão seja cognoscível de ofício.

A proibição de decisões surpresas, embora já fosse possível ser extraída mediante atividade hermenêutica acerca do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, recebeu positividade expressa no artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015.

É nítido que esse quadro de evolução legislativa quanto ao tratamento do contraditório, enquanto participação no modelo processual policêntrico, incrementa legitimidade democrática ao ato jurisdicional, além de reduzir sensivelmente a taxa de recursos por inconformismo das partes com o desfecho. Pode-se sintetizar, por este modo, o contraditório como quadrinômio: informação-reação-diálogo-influência³⁸.

Lado outro, há nítida sintonia do contraditório como influência e não-surpresa com a exigência de fundamentação racional das decisões judiciais tendo por base a ordem jurídica (reserva legal), porquanto não basta se cogitar em influência no provimento jurisdicional se não há efetiva fiscalidade (interna, pelos contraditores, e externa, pela sociedade) por meio dos fundamentos verdadeiramente empregados

³⁶ “O direito processual tem por essência o contraditório, portanto, a motivação do recurso é elemento essencial e não pode ser dispensada. O recorrente tem o ônus de declinar os fundamentos do pedido de reexame, propiciando elementos para que a parte contrária possa contra-arrazoar o recurso, estabelecendo-se o contraditório em sede recursal. (...) A jurisprudência reconhece a inépcia da petição recursal que deixa de impugnar a decisão recorrida, limitando-se a transcrever petições anteriormente apresentadas no processo, como a contestação, as alegações finais, as razões de recurso anteriormente interposto, que não criticam a decisão mediante a demonstração da existência do erro a autorizar o provimento do recurso” (JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; MAIA, Renata Christiana Vieira. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. In: JAYME, Fernando Gonzaga *et. al.* **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 404-405).

³⁷ ANDRADE, Érico. A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. **Revista de Processo**, vol. 283, set/2018, p. 55-106.

³⁸ **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 130.

no decisório, sob pena de se esvaziar o conteúdo substancial de ambos princípios, coligados numa relação de dependência mútua e coexistência. Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, reiterou o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais nos artigos 12 e 489, §§ 1º e 2º.

Sob essas circunstâncias, é possível concluir o funeral da máxima forense, constante em decisões padronizadas dos gabinetes judiciários, de que o juiz “(...) não está obrigado a responder a todas as alegações suscitadas pelas partes, mas tão-somente àquelas que julgar necessárias para fundamentar sua decisão”³⁹, afirmada em – péssima – interpretação à norma do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

Aliás, a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida sob o regime de repercussão geral nos autos do Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes e julgado em 23 de junho de 2010⁴⁰, deverá ter a tese revisada, a fim de que se compatibilize à realidade democrática que foi uma vez mais reiterada com o advento da codificação de 2015.

À época, no bojo do agravo de instrumento indigitado já assistia razão ao Ministro Marco Aurélio, o qual, vencido, sustentou⁴¹:

(...) ressalto cumprir ao Judiciário emitir entendimento explícito sobre todas as causas de defesa, sobre todos os pedidos formulados pela parte. O órgão judicante não está compelido a fazê-lo apenas quando o que articulado se mostre incompatível com o entendimento já adotado no pronunciamento judicial. Lembro-me de que certa vez me deparei, em nota de rodapé de uma publicação do Código de Processo Civil, com um precedente que considerei perigosíssimo. Segundo assentado, o juiz não é perito e, portanto, não precisa se manifestar sobre as matérias de defesa veiculadas pela parte. Digo que o juiz é um perito na arte de proceder e na de julgar e que não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte (...).

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo de Instrumento nº 417.161. Agravante: Copobrás Industrial de Plásticos Ltda. e outro(a/s). Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Data de julgamento: 17 de dezembro de 2002. DJ: 21 de março de 2003.

⁴⁰ Tese firmada: “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292. Agravante: Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo. Agravado: Fernando Soares de Lima. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 23 de junho de 2010. DJe: 13 de agosto de 2010).

⁴¹ Ibid.

Mas não é só. A confluência do acesso à jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988) e a resposta em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII da mesma Constituição) também se alinha ao devido processo constitucional, na medida em que não basta um amplo acesso jurisdicional – então, inafastável – se a tutela for tardiamente entregue.

Não se pode olvidar que em função disso, inclusive, o legislador infraconstitucional, desde 1994, envidou esforços com a inauguração da antecipação dos efeitos da tutela definitiva, em sede de cognição sumária, o que permanece hígido no ordenamento pátrio pelo Código de Processo Civil de 2015, que, inclusive, instituiu os procedimentos de tutelas antecedentes.

1.2 A imparcialidade como direito fundamental dos litigantes

Embora a imparcialidade não tenha sido elencada como integrante da principiologia do devido processo constitucional, não significa que a função jurisdicional está dispensada de observá-la. Na verdade, a imparcialidade é um pressuposto intrínseco para se falar em provimento jurisdicional legítimo. Para Rosemiro Pereira Leal⁴²:

(...) *não* sendo a imparcialidade do juiz princípio de direito processual, mas *dever* constitucional do Estado-juiz, como *direito-garantia* das partes, as leis processuais cuidam da suspeição e impedimento dos juízes como *vícios* insuperáveis e causadores da nulidade dos atos jurisdicionais. A imparcialidade exigida pela lei não é uma qualidade inata ou imanente ao juiz.

De fato, a Constituição da República de 1988, no artigo 5º, inciso XXXVII, apenas veda explicitamente o juízo ou tribunal de exceção. A imparcialidade, todavia, caracterizada pela ausência de suspeição e impedimento, é, por excelência, elemento essencial para a legitimidade para o pronunciamento⁴³, como ato de

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 180-181.

⁴³ Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron discorrem sobre o assunto que: “É de se observar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não menciona a imparcialidade expressamente, entretanto, a jurisdição deve ser exercida com imparcialidade de forma pressuposta. Inobstante é de se dizer que, no âmbito infraconstitucional, a imparcialidade é tratada através de disposições negativas no Código de Processo Civil, em seus artigos 144 e 145,

expressão do poder jurisdicional: sem ela, estar-se-á litigando sob um “juízo” autocrático, em que toda a atividade processual – desenvolvida pelas partes – será fadada ao fracasso, por manifesta impotência de produzir ressonância na convicção judicial.

Nesse passo, a partir do dever jurisdicional de imparcialidade decisória – ou garantia arquifundamental, para Eduardo José da Fonseca Costa -, extraem-se uma gama de garantias pelo mesmo doutrinador, inconcebíveis de serem meramente divididas como “imparcialidade objetiva” e “imparcialidade subjetiva”⁴⁴.

Realmente, o Código de Processo Civil de 2015 disciplina as hipóteses de impedimento (artigo 144) e de suspeição (artigo 145) do juiz, aplicáveis ao membro do Ministério Público, aos auxiliares da justiça e aos demais sujeitos do processo (artigo 148, incisos I, II e III, respectivamente). Essas situações catalogadas na legislação vigente, porém, devem ser interpretadas como exemplificativas, sem qualquer pretensão de exaurir os casos de afastamento da imparcialidade decisória, para o devido processo constitucional, em contraposição ao entendimento prevalente nos Tribunais⁴⁵.

Isso porque as hipóteses previstas em lei não são suficientes para garantir a imparcialidade decisória⁴⁶. Muitas vezes, a atuação do julgador é impugnada por

nos quais são reguladas as disposições relativas ao impedimento e à suspeição do juiz e dos servidores do juízo. Ao proibir que um agente impedido ou suspeito atue no processo, está-se falando de norma que busca evitar a quebra de imparcialidade, requisito da própria jurisdição no âmbito do Estado Democrático de Direito.” (**Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 180).

⁴⁴ Para maior aprofundamento sobre o tema, ver: COSTA, Eduardo José da Fonseca. As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade. **Empório do direito**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>>. Acesso em: 09 out. 2019.

⁴⁵ “EMENTA: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 145 DO CPC/2015 - HIPÓTESES TAXATIVAS - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA - AUSÊNCIA - FUNDAMENTOS INSUFICIENTES - REJEIÇÃO. - A Exceção de Suspeição somente pode ser fundada nas hipóteses previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil, vez que este rol é taxativo. - O afastamento do juiz natural da causa, em razão do reconhecimento da suspeição, exige a demonstração inequívoca de prévio comprometimento do julgador para decidir a causa, de modo a favorecer ou prejudicar uma das partes, situação que não se vê "in casu". - O fato de a magistrada manter relacionamento estritamente profissional com a parte autora, não configura fundamento legal apto a acolher a exceção de suspeição, e nem afeta a sua isenção”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Incid.Susp.Cível 1.0000.19.013906-3/000. Relator(a): Des.(a) Mota e Silva. 18ª Câmara Cível. Data do julgamento: 02 abr. 2019. Data da publicação da súmula: 04 abr. 2019).

⁴⁶ Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron dizem que: “(...) o que se observa é que a mera existência de normas que visam proibir a quebra de imparcialidade através da recusa e abstenção de magistrado não são capazes de, de fato, fazer valer este princípio do sistema, em especial quando se ingressa no estudo dos vieses na medida em que o legislador desconhece o fenômeno e nunca se preocupou com a sua ocorrência para criar mecanismos

ausência de imparcialidade decisória, contudo, vem a ser posteriormente rejeitada pela órgão jurisdicional, ao argumento de que trata-se de “mero inconformismo”, que “não restou demonstrada nenhuma hipótese taxativa” ou mesmo que “a insurgência enseja recurso próprio”. E essa deficiência legislativa na produção de efeitos jurídicos concretos e, concomitantemente, efetivos para o devido processo constitucional, por meio de um provimento imparcial, se dá porque os legisladores instituíram as hipóteses em que eles, “cientistas sociais”, acreditam ser suficiente, sem auxílio da psicologia. Nesse passo, destaca Eduardo José da Fonseca Costa que:

(...) os legisladores do CPP, da LPAF e do CPC agem de acordo com a atitude (a), ou seja, como “cientistas psicológicos intuitivos e espontâneos”, que, a partir de uma “proto-psicologia de senso comum”, produzem normas sobre o controle de quebras de imparcialidade judicial mediante hipóteses de suspeição e impedimento, tentando predizer essas quebras sem qualquer *background* em observação científica controlada e em métodos objetos, serenos e enérgicos da ciência psicológica. Ora, como bem destacam Christoph Engel e Gerd Gigerenzer, o noivado entre o direito e psicologia tem um passado longo, mas uma história curta, já que as intuições psicologistas estiveram presentes desde o amanhecer do direito, embora um empreendimento mais interdisciplinar ainda esteja na adolescência. Não por outra razão, o rol (supostamente taxativo) de causas de impedimento e suspeição é discreto, simplório, superficial, fragmentário, descontínuo, casuístico, assistemático, coletado sensitivamente a esmo e cheio de particulares. (...).⁴⁷

A imparcialidade decisória é, portanto, pressuposto fundamental sobre o qual as partes têm de exercer constante vigilância, para não serem vítimas de violência jurisdicional por juízes verdadeiramente imbuídos de sentimentos ou convicções pessoais e que as projetam (in)conscientemente para o ato decisório, em decorrência do exercício de um poder que pertence ao próprio povo, enquanto vigente o Estado Democrático de Direito.

contrafáticos. Pior: não é incomum a manutenção do dogma do protagonismo judicial sob o pressuposto de racionalidade intrínseca do decisor.” (**Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 180-181).

⁴⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 188-189.

2. OS COGNITIVE BIASES

2.1 Conceituação e origem científica

A descoberta dos *cognitive biases* coube aos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky, no âmbito da psicologia comportamental cognitiva⁴⁸. Esses estudos, mais tarde, transformaram-se em obra literária⁴⁹ sobre economia comportamental, de autoria apenas de Daniel Kahneman⁵⁰, o que lhe garantiu o Prêmio Nobel de Economia em 2002.

Na obra, Kahneman explicita o pensamento humano como representado em dois sistemas⁵¹: o Sistema 1 e o Sistema 2, que são diferenciados da seguinte forma⁵²:

O *Sistema 1* opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.

O *Sistema 2* aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.

Além disso, Kahneman acrescenta⁵³ que:

⁴⁸ Eduardo José da Fonseca Costa explicita distinções entre psicologia cognitiva e psicologia comportamental, mas menciona uma virada conceitual para admitir a psicologia comportamental cognitiva, prelecionando que: “(...) a psicologia cognitiva distancia-se da psicologia comportamental, já que a primeira se debruçaria sobre processos mentais invisíveis, enquanto a segunda focaria os comportamentos diretamente observáveis; desse contexto decorrem inúmeras críticas que recaem sobre a expressão psicologia comportamental cognitiva”. No entanto, mudanças progressistas revolucionárias têm feito com que a objetividade e a maior capacidade de reprodução de achados, que caracterizam a psicologia comportamental, sirvam como nova ferramenta no estudo no processo e na estrutura mentais imbricados no pensamento e no conhecimento. Ou seja, o processo cognitivo é estudado a partir de comportamentos externos objetivamente observáveis. Nesse sentido, a psicologia comportamental cognitiva tenta transpor o dualismo que há quase um século separa (i) os que desejam fazer da psicologia uma ciência experimental de manifestações exteriores metodologicamente autônoma (ii) dos que querem fazer dela uma disciplina quase filosófica, a qual tenha como objetivo o indivíduo mesmo em sua vida interior.” (**Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 51-52).

⁴⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 608 p.

⁵⁰ Amos Tversky faleceu em 1996.

⁵¹ O tema “Sistema” foi proposto inicialmente pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West. *Ibid.*, p. 29.

⁵² *Ibid.*

⁵³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

Quando pensamentos em nós mesmos, nos identificamos com o Sistema 2, o eu consciente, raciocinador, que tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo. Embora o Sistema 2 acredite estar onde a ação acontece, é automático o Sistema 1 o herói deste livro. Descrevo o Sistema 1 como originando sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2. As operações automáticas do Sistema 1 geram padrões de ideias surpreendentemente complexos, mas apenas o Sistema 2, mais lento, pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos. (...)

Por conseguinte, enquanto o Sistema 1 é rotineiramente utilizado para a prática de atividades repetitivas no cotidiano – quando, nesta situação, o Sistema 2 apenas ratifica as operações pelo Sistema 1 –, o Sistema 2 é acionado para o desempenho do processo decisório em atividades mais laboriosas. Kahneman⁵⁴ assim ilustra situações facilmente perceptíveis, no dia a dia, em que o Sistema 2 desempenha papel chave sobre os processos cognitivos humanos:

Manter-se no lugar para o tiro de largada numa corrida.
 Concentrar a atenção nos palhaços do circo.
 Concentrar-se na voz de determinada pessoa em uma sala cheia e barulhenta.
 Procurar uma mulher de cabelos brancos.
 Sondar a memória para identificar um som surpreendente.
 Manter uma velocidade de caminhada mais rápida do que o natural para você.
 Monitorar a conveniência de seu comportamento numa situação social.
 Contar as ocorrências da letra *a* numa página de texto.
 Dizer a alguém seu número de telefone.
 Estacionar numa vaga apertada (para a maioria das pessoas, exceto manobristas de garagem).
 Comparar duas máquinas de lavar roupas em relação ao valor global.
 Preencher um formulário de imposto.
 Verificar a validade de um argumento lógico complexo.

É nesse contexto científico que se inserem os *cognitive biases* (vieses de cognição) ou *heuristics* (heurísticas), os quais participam do processo decisório humano como atalhos cognitivos para permitir ao ser humano a tomada de decisões, com menor gasto de energia à medida do possível. Kahneman⁵⁵ define heurísticas na obra dele como:

⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 31.

⁵⁵ Ibid., p. 127.

A definição técnica de *heurística* é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que *heureka*.

(...) as heurísticas que discuto neste capítulo não são as escolhidas, são uma consequência de bacamarte mental, o controle impreciso que temos ao mirar respostas para nossas perguntas.

Noutras palavras, Eduardo José da Fonseca Costa⁵⁶ concebe as heurísticas como

(...) procedimentos de simplificação mental. A mente humana se utiliza deles para processar informações complexas vindas do exterior e possibilitar a tomada de decisões de forma eficiente. Trata-se de juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados, sem haver uma segurança lógica absoluta. Nesse sentido, produzem-se “atalhos cognitivos” [*cognitive shortcuts*] ou “regras de ouro” [*rules of thumb*], a partir das quais as pessoas realizam julgamentos simplificados, sem que tenham de tomar em consideração todas as informações relevantes e contando apenas com um conjunto limitado de pistas. (...)

Os *cognitive biases* compõem uma manifestação evolutiva da espécie humana, com vistas a poupar energia no processo decisório. Ou seja, os *cognitive biases* não são por si só monstro de sete cabeças, pois visam otimizar o processo de tomada de decisões, em benéfica relação de custo (energia) e benefício (decisões propriamente ditas).

Não obstante, os *cognitive biases* rechaçam a ideia de que a espécie humana profere decisões absolutamente racionais, mas, deveras, muitas vezes, é impelida por mecanismos cognitivos de atalhos mentais no processo de escolhas, dando causa, inconscientemente, a deliberações subótimas, à luz de considerações parciais sobre circunstâncias fáticas ou técnicas⁵⁷.

⁵⁶ **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 53.

⁵⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 90.

2.2 Análise dos *cognitive biases* no Direito

Viu-se que os *cognitive biases* interferem na qualidade do ato decisório do sujeito, por ser proferido mediante o emprego inconsciente de atalhos cognitivos, visando à economia de energia nos processos cerebrais. Partindo-se dessa premissa, se os *cognitive biases* são potencialmente propulsores de decisões subótimas, evidentemente também o agem, inclusive, nas deliberações judiciais, porquanto o juiz é, na essência, ser humano, dotado de sentimentos, concepções, preconceitos e propensões.

Na verdade, “os vieses cognitivos levam o analista a incorrer em erro, seja aceitando como verdadeira uma informação falsa, seja descartando como falsa uma informação verdadeira”⁵⁸. Significa dizer que o julgador (no inglês, *adjudicator*), ao se deparar com uma controvérsia jurídica, enviesadamente, estabelece uma solução prefacial e, em momento posterior, seleciona os argumentos que corroboram o desate, descartando, por conseguinte, informações (argumentos e provas) contrárias, em detrimento do necessário exaurimento argumentativo para se falar em fundamentação racional da decisão judicial com base na reserva legal.

Nessa situação, não há como crer que a decisão judicial seja fruto da atividade privilegiada – e paranormal – do magistrado, como se ele estivesse elevado a uma posição intangível de sabedoria na resolução dos conflitos de direito material e processual, livre dos efeitos nefastos dos *cognitive biases*. Em paralelo, também não há que se cancelar “atividade criativa do julgador”, porquanto o juiz é adstrito ao direito vigente na aplicação ao caso concreto e a tarefa dele deve visar à promoção de direitos e garantias fundamentais, segundo o devido processo constitucional. Caso contrário, essa visão romântica, em relação ao agente público decisório, empobrece o Processo Constitucional, conferindo poder de autoridade absoluta ao juiz e, ao mesmo tempo, criando solo estéril para a imparcialidade decisória.

Dierle José Coelho Nunes, Natanel Lud e Flávio Quinaud Pedron avançam no tema, ao ressaltar que os *cognitive biases* afetam não apenas juízes (agentes

⁵⁸ MACHADO, André Mendonça. O impacto de vieses cognitivos sobre a imparcialidade do conteúdo de inteligência. **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, n. 13, dez. 2018, p. 10. Disponível em: <http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/12/RBI-13_artigo-1_O-IMPACTO-DE-VIESES-COGNITIVOS-SOBRE-A-IMPARCIALIDADE-DO-CONTE%3%9ADO-DE-INTELIG%3%8ANCIA.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

decisores, a quem foi investida a função jurisdicional pelo Estado), como também advogados (responsáveis por traçarem linhas argumentativas de salvaguarda dos direitos e interesses dos respectivos constituintes). Incluem-se também, na qualidade de agentes decisores, os jurados (nos crimes submetidos a júri popular) e juízes leigos (na esfera dos juizados especiais).⁵⁹

Deste modo, a presença dos *cognitive biases* nos atos decisórios jurisdicionais é realidade decorrente da natureza humana, o que justifica intenso trabalho dos operadores do Direito, mediante auxílio da interdisciplinaridade com a Psicologia, no combate à decisões enviesadas cognitivamente, que colocam em risco o devido processo constitucional.

2.3 Os malefícios dos *cognitive biases* no Processo Constitucional

Não há como se conceber provimento jurisdicional, como em conformidade ao ordenamento jurídico – e, portanto, legítimo –, se proferido enviesado cognitivamente. Ora, os *cognitive biases* implicam a ausência de imparcialidade decisória, na medida que perpetuam adoção de decisões atécnicas e subjetivistas⁶⁰. Se o Processo Constitucional é garantia fundamental em decorrência do direito inafastável da jurisdição, uma decisão-resposta, pelo Estado-Juiz, com imparcialidade comprometida evidentemente esvazia, por completo, esse plexo de

⁵⁹ “Tal ampliação não induz apenas uma alteração na ótica do comportamento do decisor, eis que as heurísticas e vieses atingem igualmente a postura dos advogados ao delinear uma linha argumentativa de defesa. O comportamento solitário de escolha de estratégias, sem o emprego de técnicas desviesadoras, pode conduzir a equívocos que poderão fulminar uma pretensão, não pela mesma ser desprovida de embasamentos, mas por ser produzida desconsiderando os vieses de quem elabora e de quem decide. Todos que advogam sabem, por mera observação, que o uso de argumentos repetitivos em peças, com utilização de destaques (como negritos) e em linguagem mais simples (menos complicada) auxiliar no êxito de uma linha de defesa. A novidade é que tais comportamentos foram recentemente demonstrados como mais eficientes no emprego da escrita, inclusive induzindo a crença no leitor de que o escritor seja mais inteligente.” **(Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 180-181).

⁶⁰ Segundo Eduardo José da Fonseca Costa: “(...) a imparcialidade (mormente em seu aspecto subjetivo) precisa ser trabalhada dentro de quadrantes renovados. O presente estudo mostrou que um dos elementos fundamentais do devido processo legal é que os *adjudicators* (juízes profissionais, juízes leigos, jurados, árbitros, julgadores administrativos etc.) estejam livres – o máximo possível – de vieses. Quanto mais desviesado o julgador, mais “imparcializado”. Aliás, não sem razão, a *imparcialidade* e os *vieses* podem ser tidos como antônimos” **(Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 203).

direitos e garantias fundamentais, advindos da ordem constitucional democrática vigente de 1988.

Ainda que os *cognitive biases* não sejam perceptíveis voluntariamente pelo ser humano no processo decisório, a existência dessas deturpações cognitivas, por si, o obriga a constantemente buscar, no mínimo, atenuar os seus efeitos. A realidade forense atual, no entanto, denuncia que os *cognitive biases* se alastram por toda a processualística, o que impõe, de pronto, imediata conscientização das partes, juízes e demais sujeitos do processo, que dele participam de alguma forma, para, em cooperação, se dedicarem ao combate dos efeitos nocivos dessas deturpações (in)conscientes.

Para ilustrar a problemática, no início de 2019, a mídia⁶¹ voltou-se para o julgamento, em primeira instância da Ação Penal nº 0009887-06.2013.8.26.0114, na 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, em que a magistrada, na sentença, argumentou pela condenação de um réu, acusado da prática do crime de latrocínio, afirmando textualmente que “vale anotar que o réu não possui estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido”⁶².

Sem o intuito de adentrar no mérito da sentença penal condenatória, muito menos analisar a conduta da magistrada, fato é que o argumento potencialmente traz em seu bojo indícios razoáveis de haver sido formado sob a heurística de representatividade, que “(...) atua tomando o todo pela parte, ou seja, enxergando em uma partícula fragmentada um motivo para caracterização de alguém ou de alguma situação a partir de um estereótipo”⁶³.

Noutras palavras, a princípio, constata-se que a juíza preconcebeu subjetivamente pessoas com “pele, olhos e cabelos claros” como parcela populacional que não possui “estereótipo padrão de bandido”, sem tampouco

⁶¹ “Réu não possui estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros”, diz juíza de SP. Frase consta em sentença da juíza Lissandra Reis Ceccon, ao condenar homem a 30 anos de reclusão por latrocínio. Migalhas. Data da publicação: 01 mar. 2019. Disponível em: <migalhas.com.br/Quentes/17,MI297368,71043-

Reu+nao+possui+estereotipo+padrao+de+bandido+possui+pele+olhos+e>. Acesso em: 27 out. 2019.

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP. Ação Penal Pública Incondicionada nº 0009887-06.2013.8.26.0014. Magistrada Lissandra Reis Ceccon. Data da sentença: 04 jul. 2016.

⁶³ NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 56.

demonstrar em seu processo argumentativo, na sentença, qualquer dado científico idôneo que corroborasse – ou ao menos, fosse indício – da assertiva em comento.

Ainda que o caso em menção tenha sido proferido na seara do processo penal, ocorrências como essa – de modo explícito ou não – são evidentemente repetíveis no processo civil, assim como em outros ramos do direito (processo administrativo, processo tributário, processo ambiental, processo do trabalho, entre outros).

Em função disso, não há dúvida que os *cognitive biases* são, por sua natureza, nefastos ao devido Processo Constitucional, razão por que a necessidade do combate deles é medida inadiável e decorre da imprescindibilidade da imparcialidade decisória para que o provimento jurisdicional seja, de fato, legítimo, como ato de exercício do poder estatal, em caráter coercitivo.

3. A ORALIDADE COMO PROPOSTA DE DESENVIESAMENTO (DEBIASING)

3.1 Oralidade: princípio ou regra técnica?

Não há consenso doutrinário se a manifestação oral no processo é princípio ou regra técnica. Para Alexandre Miura Iura⁶⁴ a oralidade é regra técnica a cargo do juiz, o qual, mediante gerenciamento do processo, otimização do tempo e sob margem de discricionariedade, deve promover um juízo de admissibilidade acerca da conveniência e adequação da produção de prova oral, por exemplo.

Em sentido oposto, Dhenis Cruz Madeira sustenta que a oralidade é princípio informativo do direito processual, conectado intimamente ao princípio institutivo da ampla defesa⁶⁵. Dessa forma, a oralidade e outros “(...) princípios informativos são extensões normativas dos princípios institutivos e existem em função destes últimos”⁶⁶.

Jefferson Carús Guedes⁶⁷ entende a oralidade como princípio mãe do qual, por sua vez, se extraem outros princípios (ou subprincípios), dentre eles: a imediatidade, a concentração, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Todavia, a advertência de Renata Christiana Vieira Maia⁶⁸ precisa ser trazida a lume para correta compreensão do que se entende por oralidade:

A oralidade não é um princípio que se refira, indiscriminadamente, a todos os atos e fases do processo. A oralidade, em si, apresenta-se com mais ênfase na fase probatória, em que os atos referentes às provas testemunhais, ao depoimento pessoal e pericial, deveriam ser realizados de forma oral. E deste modo, também é equivocado afirmar que oral seja o processo por audiência. Afinal, não é apenas por conta da realização de atos em audiências, que se poderia dizer que se está frente a um processo oral. Cometendo-se o mesmo erro para quem acredita que oral é o processo pela realização de atos pela forma oral por que realizados em audiência.

⁶⁴ **Oralidade e Escrita no Processo Civil**. Orientador: Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 64-66.

⁶⁵ Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 50.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁶⁷ **Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

⁶⁸ **A efetividade do processo de conhecimento mediante aplicação do processo oral**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. 2015, p. 69.

Com efeito, para nós, a oralidade é princípio informativo no direito processual, porquanto visa maximizar o exercício da garantia fundamental da ampla defesa (inserido no texto constitucional, a teor do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988), aproximando o Estado-Juiz (Tribunal) dos contraditores-jurisdicionados (partes), por meio de atos orais, especialmente na fase probatória. A sustentação oral, nesse sentido, se enquadra como manifestação da oralidade, para o devido processo, sendo, conforme ensinamentos de Dhenis Cruz Madeira, uma forma de expandir a escritura e, destarte, “(...) dilatar a compreensão em torno do que foi escrito na petição recursal, ampliando o direito à defesa e ao contraditório”⁶⁹.

Não há que se falar em juízo de discricionariedade do julgador acerca da convocação de atos processuais orais, no caso de se afigurarem imperiosos para o exercício de garantias fundamentais dos litigantes, pois o destinatário da prova não é um único juiz em si, mas, sim, a função jurisdicional, dada a possibilidade de recurso à instância superior, com fundamento no princípio do duplo grau de jurisdição, a fim de se promover a rediscussão sobre eventual incorreção valorativa da prova.

Ou seja, na hipótese de o julgador estar diante da necessidade de uma prova oral para avaliação dos fatos constitutivos do direito afirmado pelo autor na petição inicial (artigo 373, inciso I do Código de Processo Civil de 2015) e/ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autoral, afirmados pelo réu em defesa (artigo 373, inciso II do Código de Processo Civil de 2015), o Estado-Juiz não possui uma “margem de discricionariedade” para determinar a realização – ou não – da prova oral: ele deve concedê-la, sob pena de anulação da decisão por latente cerceamento de defesa⁷⁰.

Por outro vértice, não está aqui se afirmando pela prevalência indiscriminada da oralidade no processo, em detrimento da escritura. Na verdade, as formas de manifestação no processo, oral e escrita, em todas as fases, devem coexistir harmonicamente, sempre pautadas no primado pela tutela de direitos e garantias

⁶⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 50.

⁷⁰ Válida a advertência de Dhenis Cruz Madeira no sentido de que: “(...) a adjetivação constitucional *ampla*, que precede o termo *defesa*, não ocorre a esmo, porquanto a Constituição objetiva que cada cidadão exerça uma defesa plena e irrestrita, o que não ocorre em todos os casos, fato este que suplanta a legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais.” (Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 52).

fundamentais, tutelados pela ordem de 1988. Já pontuava Mauro Cappelletti que a troca do absolutismo da escritura pelo reino da oralidade traduziria a manutenção do velho brocardo jurídico *quod non est in actis non est in mundo*, modificando-se apenas o significado do substantivo *acta* pelas formas orais ao invés de escritas.⁷¹

Aliás, a ideia fetichista no sentido de que a oralidade seria a resolução dos entraves processuais, proporcionando celeridade e razoável duração procedimental, vem sendo afastada pela doutrina atual⁷².

Já no que tange à escritura, Dhenis Cruz Madeira assevera que ela funciona como espécie de “fotografia do argumento”, eis que:

(...) A escrituração, no discurso processual, é responsável por estabilizar o argumento, permitindo que saibamos, por exemplo, que em determinada audiência o juiz afirmou isto ou aquilo, decidiu de determinada forma ou de outra, fundamentou sua decisão de determinado modo, deferiu ou indeferiu determinada produção de prova, que a testemunha afirmou isto ou aquilo, etc. este registro do argumento é necessário para que se possa, como já dito, estabilizar o argumento, permitindo-se o exercício da ampla defesa, o contraditório e o direito ao recurso (...).⁷³

Desta forma, a oralidade constitui-se em norma-princípio informativa do processo civil, mas deve sempre ser compatibilizada com a escrituração, a fim de que ambas coexistam, com o fim precípua de se tutelar juridicamente direitos e garantias fundamentais, função elementar do devido processo constitucional, como já visto.

3.2 Formas de manifestação da oralidade no processo civil contemporâneo

A oralidade se manifesta em diferentes oportunidades no processo civil: na artermiação (no âmbito do microssistema dos Juizados Especiais, regido pela Lei nº 9.099/1995), na oitiva de testemunhas em audiência de instrução e julgamento (artigos 442 a 463 do Código de Processo Civil de 2015), no depoimento pessoal

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 21, n. 21, p. 255, 1960.

⁷² PEREIRA, Mateus Costa. Sobre o mito – autoritário e moderno – da oralidade. *In*: PEGINI, Adriana Regina Barcellos. *et al.* (org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thoth, 2019, p. 675-680.

⁷³ Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 51.

das partes (artigos 385 a 388 do Código de Processo Civil de 2015), na audiência de saneamento compartilhado no caso de a matéria versada pela lide ser complexa do ponto de vista fático ou jurídico (artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil), nas sessões de conciliação e/ou mediação para tratamento adequado do conflito (artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015) e na sustentação oral pelas partes, representadas processualmente, e Ministério Público (quando autor ou quando intervir como fiscal da ordem jurídica) perante o órgão colegiado, na sessão de julgamento (artigo 937 do Código de Processo Civil e Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores).

3.2.1 Oralidade e sustentação oral

A sustentação oral é ato processual destinado às partes, representadas processualmente por advogado, constituído ou dativo, ou defensor público, e Ministério Público (quando parte ou interveniente na qualidade de fiscal da ordem jurídica) para se valerem da palavra em sessão presencial de julgamento, perante o órgão colegiado e no prazo improrrogável de quinze minutos, a fim de exporem os aspectos mais relevantes da lide sob análise judicial, buscando uma maior cognição dos pontos que acredita lhes serem favoráveis na defesa de sua argumentação fática e jurídica.

Anota Dhenis Cruz Madeira que “(...) a sustentação oral dos recursos nos tribunais é uma forma de dilatar a compreensão em torno do que foi escrito na petição recursal, ampliando o direito à defesa e ao contraditório”.⁷⁴ Sobre a importância do uso da sustentação oral para efetivação da colegialidade nos Tribunais, Dierle Nunes leciona que:

(...) devemos 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) mas com a exigência fundamental de que os indivíduos devam formular suas próprias hipóteses, independentemente uns dos outros, antes de trabalhar em grupo e decidir; uma vez que, em processos julgados por um grupo, ideias compartilhadas podem desencadear novas possibilidades.⁷⁵

⁷⁴ Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 64.

⁷⁵ *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015*. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 75, out./dez. 2015.

Nessa linha de raciocínio, a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), no artigo 7º, inciso X, assegura ao advogado o uso da palavra para esclarecimento da lide acerca de pontos que influam no julgamento, mediante intervenção sumária em qualquer juízo ou tribunal. Ora, se os advogados são indispensáveis à jurisdição (artigo 133 da Constituição Federal de 1988), o direito à manifestação oral é primordial ao exercício desse mister constitucional.

Destarte, os benefícios da sustentação oral englobam: (i) as partes, no direito de possuir mais um momento para construção participada da decisão judicial, fornecendo argumentos que, em tese, podem alterar a conclusão inicialmente adotada por um ou mais julgadores; (ii) os advogados, no exercício da prerrogativa da classe; e (iii) os Tribunais, que, em sessão de julgamento, ampliarão os limites argumentativos para riqueza do debate processual. O resultado, por sua vez, conduz a uma decisão fundamentada, construída cooperativamente entre as partes e o Estado-Juiz, revestindo o provimento jurisdicional de legitimidade democrática e de maior satisfação às partes, principais envolvidos na contenda.

No Código de Processo Civil de 1973, a sustentação oral era assegurada no artigo 554, que previa:

Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

O Código de Processo Civil de 2015 deve ser considerado inovador não apenas ao reafirmar a incidência das garantias fundamentais como normas fundamentais do processo civil (artigos 1º a 12), mas, também, ao instituir a evolução de diversos institutos jurídicos, como a tutela de urgência (sendo possível, a partir de então, ser requerida em caráter antecedente, conforme artigos 303 a 310), a tutela da evidência (artigo 311), o julgamento antecipado parcial do mérito (artigo 356), julgamento estendido (em substituição aos embargos infringentes, conforme artigo 942), o agravo de instrumento (que passou a ter hipóteses de cabimento com taxatividade mitigada, segundo artigo 1.015), dentre outros.

Em função dessas reformas legislativas sistemáticas no sistema processual brasileiro, a sustentação oral teve ampliadas suas hipóteses de cabimento, segundo artigo 937 do Código de Processo Civil:

Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.02:

I - no recurso de apelação;

II - no recurso ordinário;

III - no recurso especial;

IV - no recurso extraordinário;

V - nos embargos de divergência;

VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

VII - (VETADO);

VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;

IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

§ 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 984, no que couber.(...)

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 passou a dispor sobre a possibilidade de sustentação oral “(...) por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (...)” (§ 4º do artigo 937), a fim de possibilitar a prática do ato processual principalmente a advogados que tenham domicílio profissional geograficamente distante da sede dos Tribunais (geralmente em outros Estados ou no interior do Estado) e cujas partes não disponham de condições financeiras para custear o deslocamento.

Passando-se à análise da questão, por meio de um olhar mais dedicado sobre a norma atual que regula ordinariamente a sustentação oral, algumas considerações são imperiosas, a bem do devido processo constitucional. Afinal, as normas não são verdades absolutas que se encerram em si mesmas, mas sempre um caminho, aberto a melhoramentos, conforme avanços científicos e a prática profissional.

Uma consideração importante é acerca da possibilidade da sustentação oral por meio de videoconferência ou afim, prevista no artigo 937, § 4º do Código de Processo Civil, como já mencionado. O exercício de um direito não se limita à

existência de previsão normativa que o assegure. Há um relevante fator contingente que interfere no exercício do direito já previsto: o econômico.

Se a sustentação oral é ato processual cujo exercício ocorre durante as sessões de julgamento, perante órgão colegiado, parece ser autoexplicativo que ela se dá na sede do respectivo Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Superior (situados nas capitais e nos grandes centros do país). Não obstante, é comum que as causas submetidas a julgamento sejam originárias de pequenos municípios e que a parte seja hipossuficiente economicamente. Evidente assim que a parte, vulnerável economicamente, encontrará obstáculo financeiro para exercer o ato processual da sustentação oral⁷⁶. Desta forma, a inovação legislativa realizada pelo Código de Processo Civil de 2015, no texto disposto no artigo 937, § 4º é elogiável ao reforçar, em peso, o movimento de democratização do processo, diminuindo as contingências (no caso, as econômicas) que impedem a prática de um ato tão importante como a sustentação oral, nas hipóteses de hipossuficiência econômica.

Em suma, um processo que tenha a pretensão de ser democrático não pode fazer ouvidos moucos a potenciais desigualdades – não apenas jurídicas, mas econômicas –, apresentando-se a sustentação oral por meio virtual como meio de efetivação do contraditório e da ampla defesa pelas partes vulneráveis economicamente, ressalvadas as medidas técnicas de segurança em consonância com as normas constitucionais.

Outra consideração – também importante – diz respeito às hipóteses de sustentação oral à luz do artigo 937 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, existem diversos casos que, infelizmente, o legislador pecou ao ter sido tímido e ter negligenciado a positivação no rol legal supramencionado, como já

⁷⁶ Dhenis Cruz Madeira já analisava sob a vigência do CPC/73 que: “Aliás, se se observar a rotina dos tribunais brasileiros, constatar-se-á que são sempre os mesmos advogados os que utilizam a tribuna para fazer uso da palavra. Cria-se, como se percebe, uma espécie de *locutores autorizados* nos tribunais onde somente alguns fazem uso do direito à fala. Isto ocorre por vários motivos, mas o principal deles é que, assim como ocorre na sociedade brasileira em geral, existem também na classe jurídica uma evidente desigualdade econômico-social, sendo fácil perceber que alguns advogados só conseguem exercer sua profissão na primeira instância já que seus clientes não possuem condições financeiras de arcar com os custos de uma viagem às capitais dos Estados da Federação ou mesmo à Brasília, onde se situam os Tribunais Superiores. O advogado que reside no interior dos Estados precisa se deslocar para as capitais, onde se encontra a sede dos tribunais, ou, pior ainda Brasília, onde estão as sedes dos Tribunais Superiores. Deduz-se que muitos clientes não conseguem arcar com os custos do transporte e da estadia de seu advogado. Isto faz com que somente os clientes que possuem melhores condições financeiras exerçam seu direito às sustentações orais” (Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 52).

sustentamos em momento anterior. A primeira negligência legislativa é a não previsão legal de sustentação oral no agravo de instrumento sobre decisão interlocutória que julgou antecipada e parcialmente o mérito do feito.

Embora parte da doutrina divirja, advogando que o julgamento parcial de mérito não é inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015⁷⁷, sob o argumento de que o artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil de 1973 admitia a concessão de tutela antecipada “(...) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, fato é que a formação de coisa julgada material e a sistematização em instituto autônomo, com feição própria, só se deram com o advento do Código Processual em vigor. A propósito, como se vê do citado dispositivo do Código revogado, havia tão só um instituto jurídico de tutela provisória.

Com efeito, se o legislador previu a possibilidade de o juiz decidir antecipada e parcialmente o mérito por decisão interlocutória, balizando o cabimento de acordo com o artigo 356 do Código de Processo Civil, ou seja, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrarem-se incontroversos (inciso I) ou estiverem em condições de imediato julgamento, nos termos do artigo 355 (inciso II), não há sentido prático em ter-se silenciado sobre essa hipótese para fins de cabimento da sustentação oral nos Tribunais, ou, sendo mais otimista, tê-la deixado à eventual vigência de lei ou ao livre arbítrio do regimento interno dos tribunais.

A propósito, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RI-TJ/SP) veda, “ressalvada disposição legal em contrário”, a sustentação oral no “(...) agravo, exceto no de instrumento referente às tutelas provisórias de urgência ou da evidência (...)”, conforme artigo 146, § 2º.⁷⁸

Por seu turno, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (RI-TJ/MG) mostra-se menos acanhado quanto à sustentação oral – o que já é digno de elogios –, admitindo-a também nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (inciso I do artigo 105) e em agravo de instrumento e agravo interno de decisões (inciso II do artigo 105) que: decretar falência ou deferir o pedido de recuperação judicial (alínea "b", do inciso I),

⁷⁷ MEIRELES, Edilton. Julgamento antecipado parcial do mérito. **Revista de processo**, v. 252, p. 135-136, fev. 2016.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Regimento Interno do Tribunal de Justiça**. Texto compilado sessão realizada pelo Órgão Especial em 25 set. 2013. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>> . Acesso em: 28 out. 2019.

decretar prisão civil (alínea "c", do inciso I), pronunciar a prescrição ou a decadência (alínea "d", do inciso I) e julgar monocraticamente a apelação ou o reexame necessário (alínea "e", do inciso I). Porém, ainda assim, constata-se que o agravo de instrumento que verse sobre decisão interlocutória de julgamento antecipado parcial de mérito permanece não abrangido como hipótese de cabimento de sustentação oral.⁷⁹

A desarmonia entre momentos de julgamento (se antecipada e parcialmente por decisão interlocutória ou se apenas por sentença), em relação aos seus respectivos reflexos processuais no tocante às possibilidades disponíveis às partes (respectivamente, impossibilidade de sustentação oral no recurso de agravo de instrumento, enquanto tem-se cabível essa defesa em julgamento do recurso de apelação), torna a omissão legislativa insuperável. Ou seja, ainda que o legislador tenha sido imbuído de boas intenções ao instituir o julgamento antecipado e parcial de mérito por decisão interlocutória, é de se concluir que ele não adaptou um relevante instrumento processual das partes, deixando-o à mercê da boa vontade e arbítrio político de eventual lei ou de regimento interno dos tribunais, em prejuízo dos meios inerentes à ampla defesa, para as partes, no devido processo legal e, sobretudo, da qualidade da fundamentação das decisões nos casos de supressão.

A segunda negligência legislativa consiste na ausência de cabimento da sustentação oral em agravo de instrumento sobre decisão interlocutória em incidente de descon sideração de personalidade jurídica. A pretensão do requerente é o redirecionamento da responsabilidade patrimonial, a fim de afetar o patrimônio pessoal do sócio. Partindo-se da premissa do que dispõe o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988, ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal") e que, seja no processo de conhecimento (apelação da sentença condenatória), como no processo de execução (apelação da sentença que julgar os embargos à execução), será possível a sustentação oral (artigo 937, inciso I do Código de Processo Civil de 2015), resta translúcido o descompasso legislativo em relação à ausência de previsão legal da sustentação oral para decisão interlocutória de incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Texto atualizado com as alterações introduzidas pelas Emendas Regimentais nº 01, de 31 mar. 2014, nº 02 e nº 03, de 20 mai. 2015, nº 4, de 12 ago. 2015, nº 5 e nº 6, de 26 abr. 2016, nº 7, nº 8 e nº 9, de 28 mar. 2017, nº 10 e nº 11, de 29 mai. 2017, nº 12 e nº 13, de 18 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/atos-normativos/regimento-interno.htm>>. Acesso em: 28 out. 2019.

Além disso, é mister sopesar que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser pleiteada a qualquer tempo (artigo 134, *caput* do Código de Processo Civil de 2015), sendo dispensada a formação do incidente no caso de sê-la pleiteada no bojo da petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica (§ 2º do mesmo dispositivo legal). Nesse caso, a desconsideração será decidida na sentença, sendo atacável via recurso de apelação, quando, então, restar-se-á a assegurada a sustentação oral.

Já a terceira negligência legislativa, no assunto, foi a não positivação da hipótese de sustentação oral no agravo interno. Com efeito, o agravo interno é o recurso processual cabível ao prejudicado atacar decisão monocrática do relator do recurso, reexame necessário ou processo de competência originária, submetendo-a ao crivo do colegiado, acaso seja mantida em sede de juízo de retratação.

Deveras, a possibilidade de prolação de decisões monocráticas, em julgamento de recursos, já era admitida no Código de 1973, especificamente no artigo 557, o qual, no *caput*, positivava o dever do relator em negar 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.

Já no § 1º-A do mesmo artigo, previa o Código de Processo Civil de 1973 ser possível ao relator do recurso provê-lo “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (...)”.

O que se sucede é que previsão legislativa – que não afastou a colegialidade como regra do julgamento por tribunais brasileiros – foi objeto de excessiva deturpação interpretativa no cotidiano forense. Relatores passaram a singularmente julgar recursos, desafogando acervos, sem pautá-los para julgamento colegiado. Sob as lentes do Processo Constitucional, essa conduta forense deve ser repelida, por ser antidemocrática, impedindo que a decisão do caso seja construída pelo órgão colegiado e, além disso, que, nos casos legais de cabimento, haja participação das partes, devidamente representadas processualmente, por meio da sustentação oral na sessão de julgamento.

Cabe lembrar a pesquisa de Dierle Nunes⁸⁰, que aponta, como efeito da profusão de decisões monocráticas, o aumento do número de agravos internos (na época, também chamados de “agravos regimentais”) contra elas, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em 2014.

No Código de Processo Civil de 2015, o legislador foi minucioso ao elencar taxativamente no artigo 932, como incumbências legais do relator, casos de não conhecimento, desprovimento ou provimento monocrático do recurso. Na prática, porém, os limites semânticos do artigo 932 novamente estão sendo desafiados pela interpretação jurídica conferida pelos tribunais.

O próprio Superior Tribunal de Justiça tem observado o nebuloso enunciado de Súmula nº 568, que dispõe: “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”⁸¹. Salta aos olhos, aliás, que esse enunciado de súmula foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça dois dias antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, e ainda até hoje esteja sendo aplicado, como, por exemplo, foi decidido ao ser convalidada a decisão monocrática, pela 4ª Turma, em sessão de julgamento em junho de 2019⁸².

Ora, como admitir-se que o próprio guardião da legislação federal permita um julgamento monocrático expressamente além das hipóteses positivas pelo artigo 932 do Código de Processo Civil – indubitavelmente *numerus clausus* –, para incluir casos de “entendimento dominante acerca do tema”? O que seria “entendimento dominante acerca do tema” que não as hipóteses do artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015?

Fato é que a própria função legislativa já definiu as hipóteses nas quais o julgamento colegiado está dispensado (ressalvado o cabimento de agravo interno), não podendo, portanto, um tribunal, seja ele estadual, federal ou mesmo superior, à sua própria conta, reescrever o texto legal, quer por meio de regimento interno,

⁸⁰ *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015*. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015, p. 63-64.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula nº 568. Corte Especial. Data de julgamento: 16 de março de 2016. DJe: 17 de março de 2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27568%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27568%27).sub.)>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgInt no REsp 1788448/DF. Agravante: Nelson Tadeu Filippelli. Agravados: Editora Jornal de Brasília Ltda., Gustavo Trancho de Azevedo e Etelmino Afredo Pedrosa. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Data de julgamento: 10 jun. 2019. DJe: 12 jun. 2019.

recomendação, provimento ou qualquer ato que tenha a pretensão de ter caráter normativo, mas que, deveras, mascare comportamento judicial autocrático, sem observância do devido processo legislativo, cuja competência constitucional, neste caso, pertence à União. Logo, inaceitável, assim, que cada tribunal institua seu próprio Código de Processo Civil, ainda mais o Superior Tribunal de Justiça, cuja função é uniformizar a interpretação da legislação ordinária, e não recriá-la a sua própria conta e risco, desrespeitando a separação harmônica das funções do Estado.

Por último, mas não menos importante, outra hipótese de omissão legislativa foi a não positivação da sustentação oral para a fase de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). De acordo com as disposições dos artigos 976 e 987 do Código de Processo Civil de 2015, o IRDR possui duas fases: a primeira, consistente na fase de admissibilidade, em que o colegiado verifica se há simultaneamente os requisitos do artigo 976, a saber: “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (inciso I) e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (inciso II); e, posteriormente, a segunda consistente no julgamento do mérito conjuntamente com o recurso, reexame necessário ou processo de competência originária do qual advém o IRDR (artigo 978).

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015, vanguardista ao incorporar o IRDR no direito processual brasileiro, silenciou-se acerca da possibilidade de sustentação oral na fase de admissibilidade do indigitado incidente, limitando-se apenas a prevê-la para a etapa de julgamento do mérito (artigo 937, § 1º, e artigo 984, inciso II). Assim, o processo interpretativo desse vão legal tem chancelado – ainda que impensadamente – o arbítrio dos tribunais pelo indeferimento da sustentação oral na sessão de julgamento colegiado para (in)admissão do IRDR, comprometendo o pilar da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

Na sessão que decidiu-se a admissibilidade do IRDR nº 0124879-52.2017.8.13.0000 no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi abordado o cabimento da sustentação oral naquela etapa como indagação promovida pelo Desembargador Pedro Aleixo, tendo o Presidente da Seção, Desembargador Geraldo Augusto, advogado que: “(...) é possível (...) a sustentação oral, tanto doutrinariamente, quanto à jurisprudência e também, pelo espaço de tempo todo que

nós estamos trabalhando, temos admitido a sustentação oral neste tipo de procedimento”⁸³.

No Estado de São Paulo, no entanto, esse não foi o mesmo desate conferido pelo Tribunal de Justiça. Nos autos do IRDR nº 2112603-55.2018.8.26.0000, o Órgão Especial daquele Tribunal entendeu incabível a sustentação oral na fase de admissibilidade do IRDR, apenas consignando no acórdão que “indeferiram o pedido de sustentação oral (...)”⁸⁴, sem tampouco justificar tal decisão.

Ora, como já viu neste trabalho, não há dúvida acerca da imprescindibilidade da sustentação oral na (re)construção compartilhada da decisão judicial, propícia à maximização dos horizontes argumentativos e maior aprofundamento dos contornos da lide postos à análise do Poder Judiciário. No caso da primeira etapa do IRDR, não sendo inadmitido o incidente, não é cabível a interposição de recurso contra essa indigitada decisão, o que por si só reforça a imprescindibilidade da sustentação oral como maximização do exercício da ampla defesa e contraditório participativo pelas partes e demais interessados. Claramente, no entanto, que a sustentação oral na primeira etapa deverá ser limitada à presença (ou não) dos requisitos de admissibilidade do IRDR, e não sobre a matéria de mérito.

Em síntese, como já sustentado em momento anterior, a sustentação oral recebeu tratamento positivo no Código de Processo Civil de 2015, contudo, o legislador poderia – e deveria – ter ido mais longe e lançado mão da positivação expressa para hipóteses importantíssimas, já delineadas no corpo deste trabalho, sempre com vistas a primar pelo devido processo constitucional e pela harmonização dos institutos jurídicos da mesma codificação.

O fato de o artigo 937, inciso IX do Código de Processo Civil ressaltar a possibilidade de sustentação oral para “(...) outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal” em nada altera o panorama da omissão legislativa, criticada neste trabalho. De acordo com o artigo 22, inciso I da Constituição Federal de 1988, constitui competência privativa da União legislar sobre “direito (...) processual (...)”. Assim, inadmissível delegar a regimento interno de cada Tribunal

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0124879-52.2017.8.13.0000. Suscitante: Samarco Mineração S/A. Suscitado: 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Amauri Pinto Ferreira. Belo Horizonte, 24 de abril de 2017.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2112603-55.2018.8.26.0000. Suscitante: Maria Aparecida Zaneti Tartarini, Fabricio Zaneti Tartarini e Luis Fabiano Tartarini. Suscitado: Cassem Jurdi Junior e Andrea Pedrosa Saigh Jurdi. Relator: Evaristo dos Santos. São Paulo, 26 de setembro de 2018.

suas próprias hipóteses adicionais de cabimento da sustentação oral – ato de natureza processual, por excelência –, sob pena de se permitir que cada Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal e Tribunal Superior opere e legisle *interna corporis*, o que é manifestamente incabível no devido processo constitucional.

3.3 O julgamento virtual como ameaça à sustentação oral

O avanço tecnológico não só adentrou na vida cotidiana das pessoas, como também invadiu o Direito e, inclusive, a prática forense. Inicialmente, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, foi promulgada para dispor sobre a informatização do processo judicial, alterando, por consequência, o então vigente Código de Processo Civil de 1973.

O tempo passou e a informatização do processo possibilitou um novo recurso tecnológico aos tribunais: o julgamento virtual. A partir de então, a sessão presencial de julgamento pelo órgão colegiado passou a se dar eletronicamente em espaço virtual, no qual o relator lança o voto de cada processo correspondente, para que, em momento posterior, os vogais possam lê-lo e com ele concordar ou não, mediante a edição de voto divergente.

No STF, o julgamento virtual recebeu regulamentação interna pela Resolução/STF nº 587, de 29 de julho de 2016⁸⁵. De acordo com a referida Resolução, os agravos internos e embargos de declaração poderiam, a critério do relator, passar por julgamento virtual, cuja sessão se daria semanalmente, considerando-se anuência do vogal acerca do voto do relator na hipótese de o primeiro não se manifestar em sete dias, contados da liberação do relatório e voto.

Ademais, a Resolução em comento determinava o não julgamento virtual acaso o feito sofresse pedido de destaque ou vista por um ou mais ministros, ou de destaque por qualquer das partes, desde que formulado em até quarenta e oito horas antes do início da sessão de julgamento e deferimento do relator. Positivava-se, ainda, a não submissão ao julgamento virtual no caso de agravo, quando cabível

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 587, de 29 de julho de 2016. **Dispõe sobre o julgamento em ambiente eletrônico de agravos internos e embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=2573>>. Acesso em: 28 out. 2019.

a sustentação oral e existente pedido em sentido de pretensão à prática do referido ato.

Atualmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o julgamento virtual está disciplinado internamente pela Resolução/STF nº 642, de 14 de junho de 2019.⁸⁶ Passam, então, a serem cabíveis de julgamento virtual, a teor do artigo 1º, § 1º, os agravos internos, os agravos regimentais e embargos de declaração, as medidas cautelares em ações de controle concentrado, o *referendum* de medidas cautelares e de tutelas provisórias, os recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF, e as demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF. Doravante, os vogais passam a possuir cinco dias úteis para manifestarem-se sobre o voto, contados da liberação no sistema, sob pena de ser considerada anuência. Outrossim, não serão objetos de julgamento virtual os processos que detiverem destaque feito por qualquer ministro, destaque feito por qualquer das partes, desde que requerido até quarenta e oito horas antes do início da sessão e deferido pelo relator e sustentação oral realizado por qualquer das partes, desde que requerido após a publicação da pauta de julgamento e até quarenta e oito horas antes do início da sessão, cabendo ao relator, nos casos cabíveis, deferir o pedido, a teor do artigo 4º.

O STJ também se utiliza dessa inovação tecnológica, porém a previsão normativa encontra-se situada no Regimento Interno, especificamente nos artigos 184-B a 184-H, incluídos no texto por força da Emenda Regimental/STJ nº 27/2016.⁸⁷ Semelhantemente ao STF, os vogais detêm o prazo de sete dias, contados da liberação pelo relator, para eventual oposição ao voto, sob pena de ser considerada adesão integral tácita. Da mesma forma, não serão submetidos a julgamento virtual no caso de oposição pelo órgão julgador, “(...) se acolhida a oposição feita por qualquer das partes, pelo defensor público ou pelo Ministério Público ou se houver o deferimento de sustentação oral” (artigo 184-F, § 2º).

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019. **Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/ATONORMATIVO/VERATONORMATIVO.ASP?DOCUMENTO=2761>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. 394 p. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 28 out. 2019.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais regulamentou o julgamento por sessão virtual, pela Portaria Conjunta/TJMG nº 509/PR/2016, a qual prevê no artigo 2º que “iniciada a sessão de julgamento e verificada a ausência de inscrição por parte dos advogados para assistência ou sustentação oral, considerar-se-á como proferido o voto já disponibilizado pelo julgador no Sistema Themis”.⁸⁸

Uma leitura desavisada dessas normativas poderia significar uma medida de compatibilização do Direito à tecnologia, tendente a cumprir o preceito constitucional de razoável duração do processo, positivado no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 como garantia dos litigantes.

Em verdade, o julgamento virtual é uma ameaça à colegialidade, na medida em que retira da sessão presencial de julgamento o efetivo debate entre desembargadores e/ou ministros, substituindo-o por um simulacro virtual, em que os vogais detêm prazo para lerem o voto emanado pelo relator, sob pena de ser considerada tácita a adesão integral. Válida, portanto, a crítica de André Garcia Leão Reis Valadares, no sentido de que:

(...) o julgamento realizado de forma virtual não inclui os elementos da despersonalização, da contenção do arbítrio individual, da abertura a várias vozes e ao desacordo e do reforço das chances de acerto. Principalmente, o julgamento virtual afasta o objetivo maior do órgão colegiado enquanto estrutura colegial ou deliberativa. Não há, na sessão ocorrida eletronicamente, a atividade interativa e cooperativa dos julgadores, que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, dispostos a mudá-las, com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão.⁸⁹

Ana Fernanda Ayres Delloso e Domitila Köhler também explicitam que:

(...)Essa nova forma de julgar não representa mera decorrência do processo eletrônico ou do avanço das tecnologias. Suas consequências são muito mais amplas e drásticas. Não é só que o julgamento passa a ser feito na privacidade dos gabinetes, sem a publicidade das TVs (para o bem e para o mal). Deixa de existir debate real entre os magistrados. O debate se transformou em acesso a um sistema; em leitura de votos; em um sim ou não sem rosto e sem detalhes.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Portaria Conjunta nº 509/PR/2016. **Regulamenta a aplicação de procedimentos de julgamento virtual nas sessões presenciais das Câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Disponível em: <tjmg.jus.br/data/files/8E/60/64/FB/7181C51034D931C5480808A8/Portaria%20Conjunta%20509-PR-2016.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁸⁹ **O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 178-179.

Nesse novo sistema, que já tira muito da saudável publicidade dos julgamentos pelos tribunais, os ministros *podem* acessar os votos. E *podem* acompanhar ou discordar do Relator.

Mas os ministros também *podem* apenas ficar em silêncio: consta da Resolução do STF que “considerar-se-á que acompanhou o relator o ministro que não se pronunciar” no prazo de 7 dias.

Se calarem, é porque concordariam... O debate não é só silencioso; é o próprio silêncio.

Não é mais necessário que o ministro vote, ouça ou discuta. Será mesmo necessário que ele acesse o sistema?(...)⁹⁰

Ora, se a colegialidade é o trunfo da instância revisora, realmente a virtualização da sessão de julgamento conduz à “monocratização” do tribunal, ou seja, a um simulacro de deliberação colegiada, que representa nada mais que a apreciação pessoal do relator. Cuida-se de nítida contramão à efetiva colegialidade que deve ser estimulada por todos os sujeitos do processo, a fim de que haja exaurimento argumentativo⁹¹, com consequentes benefícios à fundamentação racional das decisões judiciais com base na reserva legal.

Seguindo esse raciocínio, a virtualização do julgamento ameaça a sustentação oral, na medida em que consequentemente desestimula as partes a participarem do julgamento colegiado do feito (recurso ou ação de competência originária) submetido à apreciação. Aliás, a virtualização do julgamento fomenta, inclusive, que magistrados, ao invés de ampliarem as hipóteses de sustentação oral, adotem interpretação restritiva, para que seja dada preferência ao julgamento eletrônico.

O julgamento virtual pode significar, sim, ganho à comodidade e rotina dos gabinetes de trabalho de desembargadores e ministros, contudo, o preço do prejuízo é maior e contamina as garantias fundamentais dos litigantes, principalmente o Processo Constitucional como um todo, na medida em que suprime o real e espontâneo debate entre julgadores numa sessão presencial. Noutras palavras, a lesão com o julgamento virtual é carregada não só às partes, mas também à

⁹⁰ **Julgamento virtual é mais um passo para a "monocratização" dos tribunais.** Consultor Jurídico (CONJUR). Data da publicação: 05 abr. 2017. Disponível em: <<https://conjur.com.br/2017-abr-05/julgamento-virtual-passo-monocratizacao-tribunais>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁹¹ A restrição do princípio informativo da oralidade implica transgressão ao princípio institutivo da ampla defesa. Via de consequência, “a restrição dos princípios institutivos gera a sumarização da cognição, o que não é permitido no Processo Constitucional, pois, neste caso, haverá uma restrição ao compartilhamento argumentativo das decisões judiciais” (MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 51).

sociedade como um todo, que terá diminuída a garantia fundamental da segunda instância, que se dá por meio do julgamento colegiado.

3.4 Uma proposta de combate dos *cognitive biases* por meio da sustentação oral

Como visto, *cognitive biases* são atalhos cognitivos que interferem no processo decisório gerando deslindes subótimos e, por conseguinte, acometem (in)conscientemente julgadores durante o exercício da função judicante. Como efeito em cadeia, tem-se comprometida a imparcialidade decisória – intrínseca ao exercício do poder coercitivo estatal – e, portanto, o devido processo constitucional, garantia do jurisdicionado. A legitimidade, que é pressuposto fundante para o exercício da função jurisdicional, alça voo, transmudando-se a decisão de um caráter democrático para tirânico e manifestamente inconstitucional.

Uma das formas de exercício da oralidade no processo, a sustentação oral, por sua vez, aproxima os litigantes dos julgadores e permite a eles que levem os contornos da lide os quais, por excesso de trabalho ou por algum equívoco,, possam ser ignorados ou não sofrer cognição jurisdicional tão plena quanto de fato mereçam⁹².

Agiganta-se a necessidade do uso da sustentação oral em vista da proliferação de decisões padronizadas (não necessariamente com base em precedentes de observância obrigatória, mas também com base no entendimento pessoal do decisor – o que se inclui se determinado fato constitui dano moral e o respectivo valor, por exemplo) e de metas numéricas estabelecidas pelo Conselho

⁹² Já sustentava Dierle José Coelho Nunes antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 que: “Em face da explosão da litigiosidade, vem se tornando cada vez mais comum a utilização de julgamentos massificados mediante a adoção de padrões decisórios (fruto ou não de consensos jurisprudenciais), listas nos tribunais, entre outras “técnicas” de otimização numérica de julgamento nas quais a fundamentação do julgado não é produzida como decorrência do diálogo ocorrido ao longo do processo, mas, por um imperativo de produtividade, parte-se de “temas” para tal situação, anteriormente analisados com amplo debate (ou não) acerca do mesmo. Este fenômeno convida a advocacia à mudança de seu papel, eis que, na hipótese de se contentar, como de praxe, em somente apresentar seus arazoados escritos (petições) ao longo do processo, sem qualquer interlocução de outra espécie, correrá o enorme risco de simplesmente receber uma resposta jurisdicional “padrão” com a reprodução de decisão anteriormente prolatada por aquele juízo” (**Novo CPC aprimora regras sobre a sustentação oral nos tribunais**. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <conjur.com.br/2014-jul-15/dierle-nunes-cpc-aprimora-regras-sustentacao-oral>. Acesso em: 28 out. 2019).

Nacional de Justiça e representados estatisticamente pelo Relatório “Justiça em números”⁹³.

A possibilidade do estabelecimento de distinções (*distinguish*) ou de superações (*overruling*) dos entendimentos tem se tornado cada vez mais remota, porquanto, em que pese o esforço hercúleo do advogado ou defensor público no exercício de sua função, por meio de arrazoados escritos, as Cortes de Justiça têm utilizado, inclusive, tecnologia de inteligência artificial, na qual:

(...) depois que a ferramenta separa os recursos, é montado um padrão de voto que contempla matéria já decidida pelos Tribunais Superiores, ou pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), processo que trata de um assunto abordado em inúmeros outros processos.⁹⁴

Não obstante, como aponta Fernanda Gomes e Souza Borges:

(...) em que pesem as benesses pragmáticas que podem ser obtidas com o emprego da inteligência artificial no processo, não se pode fechar os olhos aos riscos iminentes, dentre eles a distorção hermenêutica estatal de se utilizar a tecnologia como forma de controle e dominação em detrimento aos ganhos democráticos obtidos com o processo constitucional (na perspectiva teórica de metodologia normativo principiológica garantidora de direitos fundamentais).⁹⁵

Repudiamos com veemência tanto o julgamento virtual como o uso de inteligência artificial, uma vez que, além de desumanizarem o processo, transformando-o em operações algorítmicas, diminuem sensivelmente a participação democrática das partes na revisão do provimento jurisdicional, em segundo grau de jurisdição, sob o preço ilusório e fetichista de celeridade decisória, que de nada policêntrica possui.

Desse modo, a sustentação oral pode ser utilizada como ferramenta de *debiasing* (ou seja, desenviesamento cognitivo), ao possibilitar que os julgadores

⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, 236 p. Disponível em: <cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Iniciativa, inédita entre tribunais de justiça, trará maior celeridade, segurança e economia para o Judiciário.

⁹⁵ **A já inafastável relação entre processo e inteligência artificial: dominação estatal ou democratização processual?** Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdrpro-53-a-ja-inafastavel-relacao-entre-processo-e-inteligencia-artificial-dominacao-estatal-ou-democratizacao-processual>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

revejam suas preconcepções que podem ter afetado a qualidade decisória ao elaborarem o voto ou com ele concordarem/discordarem e, por via reflexa, possa haver um beneficiamento ao ato decisório de exaurimento argumentativo sobre a matéria, o que, sem sombra de dúvidas, só tem a favorecer o devido processo constitucional (leia-se partes e sociedade, que detêm o direito de fiscalizar a função jurisdicional, mediante análise dos fundamentos utilizados).

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, restou demonstrado que o processo deve ter como ponto de partida a matriz normativa da ordem constitucional, cujas normas ostentam supremacia e autoaplicabilidade em relação à legislação ordinária, responsável por traçar a organização dos mecanismos procedimentais, concatenados entre si e voltados à prolação do ato decisório final (o provimento). Da mesma forma, o processo jurisdicional, para se afigurar devido, além de dever ser pautado na principiologia constitucional do contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação racional das decisões judiciais com base na reserva legal e imparcialidade decisória, tem de sempre primar pela promoção dos direitos e demais garantias fundamentais, espalhados por todo o texto da Constituição Federal de 1988, a fim de verdadeiramente estar em sintonia com o Estado Democrático de Direito. Pois, somente assim, poderá falar em provimento jurisdicional como expressão legítima do poder coercitivo monopolizado ao Estado.

De outro giro, foi evidenciado que o ser humano tem o processo decisório constantemente inquinado por deturpações cognitivas, recentemente descobertas por cientistas da psicologia comportamental cognitiva e denominadas por *cognitive biases* ou *heuristics*. Naturalmente, o juiz, que é ser humano por natureza, também está submetido a padecer desses atalhos cognitivos, com a prolação de decisões subótimas, cujo ato em si evidentemente afeta a imparcialidade decisória, pressuposto intrínseco para o devido processo legal e, sobretudo, para o exercício da função jurisdicional, da qual foi investido pelo Estado em decorrência de aprovação em certame público.

Uma das formas de desvios cognitivos no processo decisório jurisdicional encontrada – e recomendada neste trabalho – é o uso da sustentação oral, ferramenta poderosa que permite às partes e Ministério Público (enquanto parte ou interveniente na qualidade de fiscal da ordem jurídica) levar importantes contornos fáticos e jurídicos para exaurimento argumentativo e cognição exauriente de fato, em sessão presencial de julgamento, perante o órgão colegiado do Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Superior.

Nesse passo, a virtualização do julgamento e o uso de inteligência artificial para padronização decisória, sob a falsa promessa de celeridade e razoável duração

do processo, promovem o esfacelamento da colegialidade, que, como trunfo do Tribunal, deve ser constantemente estimulada por partes, procuradores e pelos próprios juízes, em decorrência da potencial exposição diária aos *cognitive biases*.

A proposta deste trabalho – e que cremos que restou cumprida, sem a ambiciosa pretensão de exaurir a polêmica – foi a de evidenciar o uso da sustentação oral como ferramenta de *debiasing* e, com isso, conscientizar os operadores do Direito a fazerem uso dela sempre que possível (de acordo com o artigo 937 do Código de Processo Civil de 2015, lei e/ou regimentos internos dos respectivos tribunais).

Evidente que as hipóteses de cabimento da sustentação oral, atualmente positivadas no Código de Processo Civil de 2015, são insuficientes para efetiva participação das partes na revisão do provimento jurisdicional em grau de recurso, tendo havido latente omissão legislativa quanto à realização de sustentação oral no julgamento de recursos, tais como, agravo de instrumento contra decisão interlocutória de julgamento antecipado parcial do mérito, agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, agravo interno e fase de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Não obstante, a democracia e, por via reflexa, a democratização do Direito é um horizonte incansável, a ser sempre buscado pelos cidadãos/jurisdicionados, a fim de que o tão conquistado Estado Democrático de Direito faça parte da realidade do povo brasileiro e, inclusive, do ordenamento jurídico pátrio. Sigamos até lá. Lutemos. Afinal, “um filho teu não foge à luta”⁹⁶.

⁹⁶ BRASIL. Hino Nacional. Atualizado ortograficamente em conformidade com Lei nº 5.765 de 1971, e com art.3º da Convenção Ortográfica celebrada entre Brasil e Portugal em 29.12.1943. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/hino.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico. A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. **Revista de Processo**, vol. 283, set/2018, pp. 55-106.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, MG, v. 90, 2004, p. 69-169.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A já inafastável relação entre processo e inteligência artificial: dominação estatal ou democratização processual?** Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdrpro-53-a-ja-inafastavel-relacao-entre-processo-e-inteligencia-artificial-dominacao-estatal-ou-democratizacao-processual>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, 236 p. Disponível em: <cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Hino Nacional. Atualizado ortograficamente em conformidade com Lei nº 5.765 de 1971, e com art.3º da Convenção Ortográfica celebrada entre Brasil e Portugal em 29.12.1943. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/hino.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgInt no REsp 1788448/DF. Agravante: Nelson Tadeu Filippelli. Agravados: Editora Jornal de Brasília Ltda., Gustavo Tranco de Azevedo e Etelmino Afredo Pedrosa. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Data de julgamento: 10 jun. 2019. DJe: 12 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. 394 p. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula nº 568. Corte Especial. Data de julgamento: 16 de março de 2016. DJe: 17 de março de 2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27568%27\).sub.>](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27568%27).sub.>)>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo de Instrumento nº 417.161. Agravante: Copobrás Industrial de Plásticos Ltda. e outro(a/s). Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Data de julgamento: 17 de dezembro de 2002. DJ: 21 de março de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus* nº 152752/Paraná (Numeração Única Processual 0065386-58.2018.1.00.0000). Luiz Inácio Lula da Silva, Cristiano Zanin Martins e outros e Vice-Presidente do Superior Tribunal de

Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília/DF. Data do Julgamento: 04 abr. 2018. Diário da Justiça Eletrônico: 27 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292. Agravante: Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo. Agravado: Fernando Soares de Lima. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 23 de junho de 2010. DJe: 13 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 587, de 29 de julho de 2016. **Dispõe sobre o julgamento em ambiente eletrônico de agravos internos e embargos de declaração no Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=2573>>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 642, de 14 de junho de 2019. **Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/ATONORMATIVO/VERATONORMATIVO.ASP?DOCUMENTO=2761>>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Incid.Susp.Cível 1.0000.19.013906-3/000. Relator(a): Des.(a) Mota e Silva. 18ª Câmara Cível. Data do julgamento: 02 abr. 2019. Data da publicação da súmula: 04 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0124879-52.2017.8.13.0000. Suscitante: Samarco Mineração S/A. Suscitado: 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Amauri Pinto Ferreira. Belo Horizonte, 24 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Portaria Conjunta nº 509/PR/2016. **Regulamenta a aplicação de procedimentos de julgamento virtual nas sessões presenciais das Câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Disponível em:

<tjmg.jus.br/data/files/8E/60/64/FB/7181C51034D931C5480808A8/Portaria%20Conjunta%20509-PR-2016.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Texto atualizado com as alterações introduzidas pelas Emendas Regimentais nº 01, de 31 mar. 2014, nº 02 e nº 03, de 20 mai. 2015, nº 4, de 12 ago. 2015, nº 5 e nº 6, de 26 abr. 2016, nº 7, nº 8 e nº 9, de 28 mar. 2017, nº 10 e nº 11, de 29 mai. 2017, nº 12 e nº 13, de 18 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/atos-normativos/regimento-interno.htm>>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. Iniciativa, inédita entre tribunais de justiça, trará maior celeridade, segurança e economia para o Judiciário.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP. Ação Penal Pública Incondicionada nº 0009887-06.2013.8.26.0014. Magistrada Lissandra Reis Ceccon. Data da sentença: 04 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2112603-55.2018.8.26.0000. Suscitante: Maria Aparecida Zaneti Tartarini, Fabricio Zaneti Tartarini e Luis Fabiano Tartarini. Suscitado: Cassem Jurdi Junior e Andrea Pedrosa Saigh Jurdi. Relator: Evaristo dos Santos. São Paulo, 26 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Regimento Interno do Tribunal de Justiça**. Texto compilado sessão realizada pelo Órgão Especial em 25 set. 2013. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 21, n. 21, p. 255, 1960.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 464.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação jurídica, Processo e Tutelas Jurisdicionais sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Rev. Fac. Min. de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 107, 1º e 2º sem. 2001.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade. **Empório do direito**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>>. Acesso em: 09 out. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DA SILVEIRA ESPINDOLA, Angela Araujo; JOBIM, Marco Félix. As Escolas de Direito Processual e o Ensino Do Direito. **Revista Eletrônica De Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro, 2014. v. XIII. p. 231-235. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 06 out. 2019.

DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. KÖHLER, Domitila. **Julgamento virtual é mais um passo para a "monocratização" dos tribunais**. Consultor Jurídico (CONJUR). Data da publicação: 05 abr. 2017. Disponível em: <<https://conjur.com.br/2017-abr-05/julgamento-virtual-passo-monocratizacao-tribunais>>. Acesso em: 28 out. 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia costituzionale**. Revus [Online], 18 | 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revus/2291>>. Acesso em: 05 out. 2019.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013.

FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al Derecho Procesal Constitucional**. México: Editorial Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GUEDES, Jefferson Carús. **Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

IURA, Alexandre Miura **Oralidade e Escrita no Processo Civil**. Orientador: Professor Titular José Rogério Cruz e Tucci. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 64-66.

JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; MAIA, Renata Christiana Vieira. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga *et. al.* **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 404-405.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 608 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MACHADO, André Mendonça. O impacto de vieses cognitivos sobre a imparcialidade do conteúdo de inteligência. **Revista Brasileira de Inteligência**.

Brasília: Abin, n. 13, dez. 2018, p. 10. Disponível em: <http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2018/12/RBI-13_artigo-1_O-IMPACTO-DE-VIESES-COGNITIVOS-SOBRE-A-IMPARCIALIDADE-DO-CONTE%3%9ADO-DE-INTELIG%3%8ANCIA.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **JUS**, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, jul./dez. 2011, p. 47-65.

MAIA, Renata Christiana Vieira. **A efetividade do processo de conhecimento mediante aplicação do processo oral**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. 2015.

MEIRELES, Edilton. Julgamento antecipado parcial do mérito. **Revista de processo**, v. 252, p. 135-136, fev. 2016.

Mensagens entre Moro e Dallagnol podem abalar imparcialidade da Lava Jato.

El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/10/politica/1560128085_319045.html>. Acesso em: 06 out. 2019.

NUNES, Dierle José Coelho. *Colegialidade corretiva*, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. **Novo CPC aprimora regras sobre a sustentação oral nos tribunais**. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <conjur.com.br/2014-jul-15/dierle-nunes-cpc-aprimora-regras-sustentacao-oral>. Acesso em: 28 out. 2019.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1ª ed. (ano 2008), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

O processo como instituição de garantia. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <<https://conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 26 out. 2019.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. O que é Processo Constitucional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, PUC Minas Serro, n. 13, p. 32-62, jan./jul. 2016, ISSN 2176-977X.

PEREIRA, Mateus Costa. Sobre o mito – autoritário e moderno – da oralidade. *In*: PEGINI, Adriana Regina Barcellos. *et al.* (org.). **Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. Londrina: Thoth, 2019, p. 675-680.

‘Parabéns, ministra, pela demora’, diz advogada a Rosa depois de cliente morrer esperando julgamento. Jornal Estadão. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/parabens-ministra-pela-demora-diz-advogada-a-rosa-depois-de-cliente-morrer-esperando-julgamento/>>. Acesso em: 06 out. 2019.

“Réu não possui estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros”, diz juíza de SP. Frase consta em sentença da juíza Lissandra Reis Ceccon, ao condenar homem a 30 anos de reclusão por latrocínio. Migalhas. Data da publicação: 01 mar. 2019. Disponível em: <migalhas.com.br/Quentes/17,MI297368,71043-Reu+nao+possui+estereotipo+padrao+de+bandido+possui+pele+olhos+e>. Acesso em: 27 out. 2019.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 16, jul./dez. de 2015, p. 157-188.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**. Juiz de Fora, v.01, n.04, p. 39-40, outubro e novembro/2009.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1982.