

O Equívoco do STJ na Colheita de Votos e na Proclamação do Resultado Durante o Caso “Odebrecht X Gradin”

Felipe Barreto Marçal

Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Aluno da EMERJ.

“Não desistam do Brasil”. Foi essa frase e um julgamento equivocado – já íamos escrevendo “infeliz” – do STJ que motivaram o presente artigo. Isso porque, apesar de a questão de fundo aqui tratada vir sendo abordada pela doutrina desde, no mínimo, desde 1974¹, não desistimos de alertar para o problema, muito menos do nosso Poder Judiciário – que esperamos em breve integrar.

Antes de tudo, deve-se ressaltar que a crítica aqui feita é extensível a praticamente todos (senão todos) os órgãos colegiados do Poder Judiciário no país, a fim de que comecem (ou continuem) a colher de forma correta os votos proferidos nas sessões colegiadas.

Pois bem. No dia 12.08.2014, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu continuidade a um julgamento envolvendo as famílias Odebrecht e Gradin², num processo que versa sobre a compra “de ações da Odebrecht Investimentos S/A (Odbinv)”³.

Contudo, o STJ não estava diante do mérito do processo ou do recurso, mas de uma questão processual e preliminar àqueles: se o litígio deve se desenvolver judicialmente ou extrajudicialmente (por mediação

1 Por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 698-705 (cuja primeira edição foi publicada em 1974); “Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no Julgamento colegiado”, in **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 145 e s.. Para a íntegra do artigo, consulte: http://www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=1632.

2 REsp nº 1331100 / BA.

3 Para maiores detalhes sobre o caso: “Pedido de vista interrompe julgamento de disputa de ações na Odebrecht”, in <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI173260,51045-Pedido+de+vista+interrompe+julgamento+de+disputa+de+acoes+na+Odebrecht>, consultado em 13.08.2014.

ou arbitragem⁴), sendo imperioso, para isso, interpretar cláusulas (compromissórias) presentes no acordo firmado entre ambas as partes.

Como se sabe, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça são compostas por cinco Ministros (art. 2º, § 4º, do RISTJ) e reúnem-se com a presença de, pelo menos, três deles (art. 179 do RISTJ).

Assim, teve início o julgamento da questão com a presença de apenas quatro Ministros, dos cinco que compõem a 4ª Turma, estando ausente o Min. Luis Filipe Salomão.

De acordo com o que se colhe da consulta processual realizada no site do STJ, o Presidente da Turma, Min. Raul Araujo proclamou o resultado parcial do julgamento com dois votos negando provimento ao recurso (considerando válida a cláusula de arbitragem) e um voto dando provimento (considerando-a nula). O voto do Ministro Antonio Carlos, “divergindo da Relatora e do Ministro Raul Araujo”, foi no sentido de que a análise das cláusulas configura supressão de instância e restou computado como de “parcial provimento ao recurso”. Por ter sido consignado que o Min. Antonio Carlos inaugurou uma “segunda divergência”, entendeu o Presidente não ter havido consenso da maioria absoluta, razão pela qual se suspendeu o julgamento, a fim de que fosse tomado o voto do Ministro ausente (art. 181, § 2º, do RISTJ) ou para que fosse convocado Ministro de outra Turma (§ 3º)⁵.

No entanto, com todas as vênias, não houve qualquer “segunda divergência” inaugurada pelo Min. Antonio Carlos nessa votação, tampouco necessidade - até o presente momento - de se suspender o julgamento. Com efeito, o que houve, de fato, foi a apresentação de questão nova/distinta e um equívoco - bastante grave e corriqueiro - na colocação das questões para votação e no cômputo dos votos proferidos.

Isso porque “já se averbou que não é concebível o cômputo de votos heterogêneos. Todos os membros do tribunal, a qualquer momento, hão de estar-se pronunciando sobre igual matéria: ou a mesma prelimi-

4 Não utilizamos os termos como sinônimos, mas, conforme apontado na notícia supracitada, o Min. Raúl Araujo “reconheceu a validade da cláusula contratual que estabelece a solução por meio de mediação ou arbitragem, como hipóteses que não se excluem”.

5 Resultado que é possível extrair das consultas processuais: “24/06/2014(18:30hs) Proclamação Parcial de Julgamento: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo, conhecendo em parte do recurso e negando-lhe provimento, divergindo da relatora, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, dando parcial provimento ao recurso, divergindo da Relatora e do Ministro Raul Araujo, PEDIU VISTA o Ministro Marco Buzzi. (3001)”; “12/08/2014(16:10hs) Proclamação Parcial de Julgamento: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, conhecendo em parte e negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, decidiu-se pela renovação de julgamento com a convocação de Ministro da Terceira Turma para compor o quórum. (3001)”.

nar, ou o mesmo aspecto do mérito, se mais de um existe”.⁶

E foi exatamente o que ocorreu nesse julgamento, mas que foi chamado de “segunda divergência”. Explicamos, mas por partes.

Em primeiro lugar, o mérito do recurso julgado pelo STJ, como já dito, é a competência do Poder Judiciário ou de algum órgão de arbitragem/mediação⁷. No entanto, o Min. Antonio Carlos Ferreira trouxe à discussão um novo tema: se o próprio STJ (ou o TJ/BA) deveria apreciar onde o processo deveria se desenvolver, com base em supressão de instância. Em outras palavras, acrescentou nova questão ao julgamento.

É importante notar, para que não pare qualquer dúvida, que o Min. Antonio Carlos não se manifestou sobre a validade das cláusulas ou sobre onde deveria se desenvolver o processo (na esfera judicial ou na extrajudicial). Em vez disso, suscitou questão anterior, prévia, cuja solução pode impedir o julgamento do objeto do recurso pelo STJ, se acolhida, sendo, portanto, verdadeira preliminar àquela anteriormente em debate⁸ (preliminar - ao mérito - do recurso).

Sobre o tema, é importante trazer as seguintes lições de Barbosa Moreira sobre a classificação das questões preliminares:

“Conceito de questão preliminar – Nos termos em que procuramos fixá-lo alhures, **o conceito de preliminar envolve relação entre duas questões, tais que a solução de uma, conforme o sentido em que se pronuncie o órgão judicial, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade de apreciar-se a segunda depende, pois, da maneira por que se resolva a primeira. Esta se diz, então, preliminar daquela.**

(...)

Preliminares do recurso e preliminares da causa – Cumpre distinguir com toda a precisão três classes de questões preliminares:

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões de técnica de julgamento nos tribunais", in **Temas de direito processual**: sexta série, p. 293.

7 Como não se trata do escopo do presente artigo, confira-se: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito", in **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95 e s.

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** : volume 1. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 309.

a) as preliminares *do recurso*, isto é, questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação: tais são, normalmente, em primeiro lugar, a competência do órgão *ad quem*, e em seguida todas as questões concernentes à admissibilidade do recurso – cabimento, legitimação e interesse em recorrer, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tempestividade, regularidade formal, preparo (cf., *supra*, o comentário nº 145);

b) as preliminares *ao julgamento do mérito da causa*, como a relativa à legitimidade das partes, que podem ser, no recurso, questões pertinentes ao respectivo mérito: por exemplo, se se trata de apelação interposta contra sentença que declarou o autor carecedor de ação, por falta de legitimação para agir, o órgão *ad quem*, ao resolvê-la, não estará decidindo se conhece ou não da apelação, mas se lhe dá ou lhe nega provimento (cf., *supra*, o comentário nº 145);

c) as preliminares *de mérito*, a saber, as questões já situadas no âmbito do *meritum causae*, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (*v.g.*, a questão da prescrição).⁹

“Não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y.”¹⁰

Nesse sentido, já é possível perceber que o Min. Antonio Carlos não estava votando sobre as mesmas questões anteriormente discutidas (e já votadas por alguns dos Ministros), razão pela qual não poderiam os votos ser computados em conjunto.

Com efeito, o art. 561 do CPC estabelece que, “rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar”, tal como ocorre no presente caso. Aliás, apesar da redação pouco precisa do dispositivo, não há dúvida de

9 Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565, p. 700.

10 “Questões prejudiciais e questões preliminares, in Direito processual civil” - ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 89.

que “havendo preliminar já situada no plano do mérito (...), o tribunal deve apreciá-la antes da matéria restante; incide aí, igualmente, a regra do art. 561, *fine*”.¹¹

Significa isso que o Presidente da sessão, uma vez suscitada a supressão de instância – logicamente anterior à correta interpretação das cláusulas sobre resolução extrajudicial dos conflitos –, deveria ter colocado essa questão em discussão e, somente se superada, – após o anúncio do resultado dessa questão específica – ter passado à análise das cláusulas compromissórias, reiniciando o procedimento de votação acerca dessa questão e votando *todos os Ministros presentes* (mesmo os porventura vencidos sobre a supressão de instância e os que já tiverem se manifestado sobre a validade das cláusulas)¹².

Afinal, somente se não houve/houver supressão de instância é que o tribunal poderá adentrar a questão principal do recurso. E – não podemos esquecer – “compete ao presidente indicar ao colegiado a matéria que, em determinado momento, se encontra em discussão ou vai ser objeto de deliberação. Inclui-se nessa competência o mister de submeter especificadamente aos votantes cada uma das preliminares acaso suscitadas (ou suscitáveis pela própria presidência) e velar para que não se misturem umas com as outras”.¹³

Assim, diante do que foi feito, somaram-se quantidades heterogêneas – que, pelas leis da física (e do Direito!!) não se misturam –, fazendo com que o resultado do julgamento fosse erroneamente pronunciado até o momento, ao se anunciar que não houve votos suficientes para a resolução da questão¹⁴. Destaque-se que, de fato, não houve votos suficientes, mas justamente porque os Ministros estavam votando questões distintas e tanto a colocação das matérias em discussão quanto essa adição – teratogênica¹⁵ e indevida – não foram devidamente abordadas.

11 Idem. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565, p. 700.

12 Idem. “Questões de técnica de julgamento nos tribunais”, in **Temas de direito processual**: sexta série, p. 294.

13 Idem. “Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no Julgamento colegiado”, in **Temas de direito processual**: nona série, p. 162.

14 Idem, *op. cit.*, p. 163.

15 Pelo acerto da terminologia aqui empregada, confira-se, por todos: “Essa denominação [‘teratológico’], a rigor, é equivocada. Teratologia, literalmente, é a ‘especialidade médica que se dedica ao estudo das anomalias e malformações ligadas a uma perturbação do desenvolvimento embrionário ou fetal’ (**Dicionário Houaiss da língua portuguesa, verbete teratologia**). Portanto, nem mesmo em sentido figurado o termo pode ser considerado bem empregado. É que terat(o) é antepositivo que tem origem no grego téras atos, a significar ‘coisa monstruosa, monstro’ etc. e, portanto, ‘teratologia’ seria a ciência que estuda as coisas monstruosas. Uma decisão ‘teratológica’ seria, assim, uma decisão ‘científica’ [que discorresse sobre as formações não esperadas]. Mais adequado, pois, seria qualificar

E antes que se diga que a questão não tem qualquer conteúdo prático, pode-se, por exemplo: proclamar vencedor alguém que foi derrotado (v.g. quando juízes do órgão colegiado julgavam procedente o pedido por fundamentos/causas de pedir diversos/as) e vice-versa; impedir que se verifique a real divergência entre os votos vencedores e o vencido, no caso de embargos infringentes¹⁶ etc.

Tendo sido, portanto, apontado o vício na condução do julgamento e na colheita dos votos, é importante indicar o que deve ser feito daqui em diante.

Como se trata de equívoco na proclamação do resultado, este pode ser suprido por advertência, *ex officio*, de qualquer um dos Ministros votantes ou mediante levantamento de questão de ordem pelo advogado. Merece destaque, ainda, o fato de que a sessão está suspensa e, portanto, ainda não chegou ao fim, não havendo qualquer empecilho para que *nessa mesma sessão* (ainda que continuada em dia posterior, nos termos do art. 455 do CPC) se corrijam os vícios existentes.

Ademais, não sendo sanados os erros na própria sessão, é possível que se interponham embargos de declaração¹⁷ para a correção do que foi decidido, o que não se confunde com a modificação dos votos após a

a decisão monstruosa, aberrante, como ‘teratogênica’ (já que teratogênico é o que causa teratogenia, formação e desenvolvimento no útero de anomalias que levam a malformações). O que há na decisão aberrante é uma teratogenia, e não uma teratologia. Mas seria muito difícil modificar esse vício de linguagem a essa altura...” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do Mandado de Segurança**, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335-336, nota de rodapé nº 17.) Acreditamos que a confusão tenha se originado por conta de outros termos, como, por exemplo, “biológico”: “biólogo” se refere tanto o que diz respeito ao estudo da ciência quanto ao que possui as características (de vida) do objeto de estudo da biologia. Em atenção ao princípio do contraditório, aguardamos uma resposta à altura para esse ponto, a fim de solucionar a divergência.

16 Esse foi, na verdade, um caso, julgado pelo TJ/RJ, em que atuei como estagiário: dois Desembargadores condenaram a parte que eu representava ao pagamento de danos morais, fixados em R\$ 10.000,00, ao passo que o terceiro entendia não ter havido dano moral. Ao haver a interposição de embargos infringentes (pois o acórdão havia reformado a sentença somente no capítulo referente ao quantum indenizatório), não se conseguia precisar o escopo da divergência a ser votada. Isso porque houve erro na colheita dos votos: se um Desembargador entendia não ter havido dano moral, deveria o colegiado ter votado essa questão (preliminar, mas que integrava o mérito do recurso e da causa), para, se superada, passar ao exame do *quantum*, de modo que todos os integrantes da turma julgadora pudessem votar nessa questão (art. 561 do CPC). Nada impediria, contudo, que o Desembargador que entendeu não existir dano moral num primeiro momento, se vencido nessa questão, arbitrasse valor de R\$ 0,00 ou qualquer outro que entendesse devido. Ao menos aí se poderia delimitar o escopo da divergência (o *quantum* entre os R\$ 10.000,00 dos votos vencedores e o valor fixado no voto vencido) ou até mesmo eliminá-la, caso o prolator do voto vencido anteriormente concordasse com os demais.

17 Barbosa Moreira aponta que, “se houve equívoco no anúncio do resultado e no momento não se deu por ele, é lícito a qualquer dos juízes que participaram do julgamento requerer, na sessão seguinte, que se retifique a ata, para fazer constar o que verdadeiramente se decidira” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565, p. 677). Apesar de concordamos com o ilustre professor, ressaltamos que, no presente caso, a retificação do resultado produziria a impossibilidade de conclusão do próprio julgamento ou, ainda, sua anulação, devendo, para tanto, existir nova intimação das partes, a fim de que se retome o julgamento.

proclamação do resultado – esta, inteiramente vedada pelo ordenamento jurídico¹⁸ -, conforme já decidiu o próprio STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO LAVRADO E VOTO CONDUTOR. AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO DO JULGAMENTO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO. NECESSIDADE.

- Devem ser acolhidos os embargos de declaração quando existente divergência entre o resultado do julgamento e o acórdão lavrado, prevalecendo o dispositivo do voto vencedor.

- Na hipótese, todavia, não houve a colheita de todos os votos, nem se alcançou a maioria absoluta para proclamação do resultado (art. 181, RI/STJ).

- Embargos de declaração parcialmente acolhidos para anular o acórdão.”

(EDcl no REsp 866.414/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013)

Por fim, aproveitamos para antecipar que não será lícito aos Ministros, em momento posterior, defender a – tão falada – “nulidade de algibeira”, já que o erro de proclamação do resultado se trata de nulidade absoluta, cognoscível até mesmo de ofício, a qualquer tempo¹⁹, aplicando-se o art. 245, parágrafo único, do CPC:

18 Por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, in **Temas de direito processual**: sétima série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 107 e s.

19 Aliás, sem desviar do foco do trabalho, sustentamos que a referida “nulidade” de algibeira deveria ser chamada de “anulabilidade” de algibeira, já que as nulidades, relativas e absolutas, podem ser conhecidas de ofício, aplicando-se a regra do art. 245, parágrafo único, do CPC, que impede a preclusão. Isso porque nos filiamos ao entendimento dominante na doutrina processual. Por todos, acerca da diferença entre nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1, p. 289-290. Há autores, contudo, que não fazem distinção entre nulidades relativas e anulabilidades, como o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (**Prazos e nulidades em processo civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 40).

Esse não é, aparentemente, o que entende o STJ, que *de lege ferenda* deixa de aplicar o art. 245, parágrafo único, mesmo às nulidades que considera cognoscíveis de ofício (dentre elas, a relativa): “(...) NULIDADE RELATIVA ARGUIDA APENAS EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. (...) 1. A não observância da regra contida no art. 71 do RISTJ gera apenas nulidade relativa, de modo que, caso não seja reconhecida de ofício, deve ser suscitada até o início do julgamento do recurso pelo colegiado ou monocraticamente pelo relator, nos termos do § 4º do citado artigo. (...)” (AgRg no Ag 1392923/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014).

“Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. **Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício**, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.”

Diante de todo o exposto, e não havendo qualquer pretensão de inovar no assunto – caso contrário, não seriam tantas as referências ao professor Barbosa Moreira -, esperamos que o STJ reconheça o equívoco no julgamento e o corrija, antes que se inicie um círculo vicioso (com a convocação de outro Ministro, que continuará com a votação de questões distintas).

Ainda, “sem desistir do Brasil” e dos órgãos colegiados que integram o Poder Judiciário, esperamos ver superados esses vícios recorrentes na apresentação das questões para julgamento e na colheita dos votos proferidos, pronunciando-se corretamente os resultados.

Afinal, como apontado anteriormente, há inequívocas repercussões práticas e, “se o problema é praticamente importante, então pensa que a ele se volte de vez em quando, tênue que seja a esperança de vê-lo um dia bem resolvido. Ao menos nisto não se dirá que pecamos por omissão.”²⁰ ♦

20 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?”, in **Temas de direito processual**: sexta série, p. 143.