

**O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ
E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

FLÁVIA PEREIRA HILL

*Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Professora da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes.
Tabeliã.*

RESUMO:

O presente trabalho aborda a aplicação do princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração, atentando, particularmente, para o contexto contemporâneo de valorização da celeridade e a ponderação deste valor em relação a outros princípios processuais constitucionais de elevada estatura, como a efetividade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de declaração; identidade física do juiz; recursos; celeridade; efetividade.

ABSTRACT:

This paper discusses the application of the principle of physical identity of the judge in the ruling of motions for clarification, paying attention particularly to the contemporary context of valuing speed and weight of this value relative to other procedural principles of constitutional stature, such as the effectiveness of procedure.

KEYWORDS: Motion for clarification; physical identity of the judge; appeals; speedy trial; effectiveness of procedure.

I. INTRODUÇÃO.

Pressionado em grande parte, decerto, pelo intenso ritmo da sociedade contemporânea, que se movimenta e estabelece as suas relações em diferentes áreas com uma velocidade jamais vista, o Poder Judiciário de diferentes estados, contando, mais recentemente, com o aval de processualistas, tornou a busca por celeridade o grande ideal a ser incansavelmente perquirido pelo Direito Processual brasileiro.

Podemos, pois, afirmar, com certa segurança, que, segundo essa ótica, todos os demais valores e institutos processuais podem e, de fato, estão sendo, relativizados e temperados em prol do alcance da maior velocidade possível – quicá vertiginos – na tramitação de processos judiciais e na consequente entrega rápida da prestação jurisdicional. Tanto assim que, até mesmo o atávico e, até então, sempre presente embate entre celeridade e segurança, tão debatido e decantado entre processualistas estrangeiros e brasileiros durante mais de um século – particularmente no que tange à tentativa de identificação da medida exata em que um valor deve ceder para que o outro prevaleça, a fim de melhor atender ao máximo valor da justiça –, se acaso invocado neste século XXI por algum processualista “desavisado”, parece soar quase que politicamente incorreto ou, ao menos, deselegante. A invocação dessa tradicional questão repercutiria, nos dias de hoje, seja para a sociedade em geral, seja para juristas de outros ramos do Direito e, agora surpreendentemente, para outros processualistas, como um sinal de falta de sensibilidade do processualista quanto aos reclamos da sociedade moderna, praticamente como um traço que o qualificaria como um jurista retrógrado e formalista. Como, nos dias atuais – diriam eles -, invocar o prestígio da segurança jurídica, se este pode retardar, seja em que medida for, a celeridade?

Fato é que, em nome dessa mesma – e, como veremos, delicada – celeridade, presenciamos a defesa de medidas como o banimento das sessões presenciais de julgamento nos tribunais, ainda que isso implique a vulneração da publicidade ou da oralidade.

Ocorre que, de fato, o Direito Processual consiste em uma ciência cuidadosa e responsabilmente construída ao longo de décadas de profícuo trabalho de inúmeros juristas em todo o mundo. Se, hoje, podemos chegar a afirmar que o Direito Processual consiste em um ramo autônomo do Direito – deixando para trás concepções sincréticas que o concebiam como “apêndice” ou “direito adjetivo”¹ –, isso se deve justamente a uma construção rica e harmônica de institutos jurídicos, ancorados em princípios e valores próprios, que, por se mostrarem únicos e valiosos, se somaram àqueles já anteriormente franqueados à sociedade pelos demais ramos do Direito. Representam os princípios processuais, pois, verdadeiras – e novas – garantias conferidas aos cidadãos; para nós, carinhosamente chamados de jurisdicionados. E tanto é assim

¹ A esse respeito, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I.* São Paulo: Malheiros. 2001. pp. 200 e ss.

que, atualmente, podemos falar em princípios processuais constitucionais² e em Direito Processual Constitucional.

Como sempre, demonstrando particular sensibilidade quanto às mais delicadas questões que tocam ao Direito Processual, alertou Barbosa Moreira³ para o fato de que, embora, inegavelmente, a celeridade seja um ideal a ser perquirido, ela não se mostra um valor absoluto, perante o qual todos os demais valores tornar-se-iam, *ipso facto*, de menor estatura, devendo, pois, ceder, rendendo-lhe homenagens.

Antes de mais nada, não há dúvidas de que devemos compreender a celeridade como sendo um compromisso de todos, juristas e operadores do Direito, no sentido de *extirpar as delongas desnecessárias*, especialmente as condutas e praxes comumente adotadas e que podem e devem ser abolidas para que a marcha processual seja mais célere. Exemplos disso são a sucessiva interposição de recursos, estando os advogados cientes de sua ínfima probabilidade de êxito, apenas no propósito de “ganhar tempo”. O mesmo se diga a respeito do expediente, por vezes adotado por magistrados, de determinar ao cartório judicial a exarcação de certidões a respeito de atos processuais corriqueiros, que, muitas vezes, eles próprios teriam plenas condições de aferir a partir do rápido manuseio dos autos que já se encontram conclusos, em suas mãos, também com o mesmo propósito de ganhar alguns dias – e, infelizmente, em algumas comarcas, semanas – até que tenham tempo para prolatar a sentença. Essa primeira medida se reveste de uma feição cultural, implicando uma mudança de hábitos por parte de todos os operadores do Direito. Tal mudança cultural representaria um verdadeiro compromisso de todos em prol de um processo eficiente e, sem qualquer dúvida, surtiria tanto ou mais efeito, no que concerne à aceleração do processo, do que qualquer alteração legislativa – e, mais importante, sem vulnerar qualquer princípio processual.

Forçoso convir que também se mostra valioso empreender alterações legislativas, a fim de modernizar a legislação processual, afinando-a com a evolução dessa ciência em todo o

² Nesse sentido, GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível no endereço eletrônico: www.mundojuridico.com.br. Consulta realizada em 22/02/2007.

³ Assim discorre Barbosa Moreira com peculiar precisão, in verbis: “Em momentos como este, em que se difunde a convicção da impossibilidade de manter o status quo, é importante que se procure fixar com toda a clareza os rumos da reforma desejável. O sentimento de insatisfação, hoje tão patente entre os leigos quanto nos próprios quadros dos que exercem a função jurisdicional, é, em si, sadio e estimulante; mas, como toda disposição espiritual do gênero, sujeita-se ao risco de enganos e desvios, que cumpre a todo custo prevenir. Seria profundamente lamentável que a vontade, tão legítima, de mudar nos induzisse a uma rejeição indiscriminada e irracional dos princípios e valores legados pela tradição, como se a causa das mazelas atuais se devesse enxergar neles mesmos, e não, ao contrário -, na compreensão deturpada, ou na insuficiente atuação, de uns e de outros. (...) É claro, aliás, que isso não dependete exclusivamente, e nalguns casos nem sequer principalmente, da modificação da lei processual. Há tópicos em que ela terá, com toda a probabilidade, pequeno ou talvez nulo alcance. Assim, decerto, no que tange ao ingurgitamento dos tribunais superiores, que suscita questões de índole peculiar; mas também quanto a certos aspectos da máquina de primeiro grau, mais diretamente relacionados com particularidades da organização judiciária, cuja disciplina nem sempre obedece a critérios racionais estabelecidos em função das necessidades do serviço, senão que muitas vezes se dobra à influência nefasta dos interesses políticos, no sentido menos nobre da palavra, a imporem absurdas distorções. E não é preciso acrescentar qualquer referência ao fator pessoal: sob o mesmo regime legal, e até sob condições idênticas de trabalho, um órgão desincumbe-se com celeridade de tarefas que noutra se arrastam ao ritmo de lesmas, ou dormem o sono prolongado na fila de espera. Muitas ilusões de mudança radical da situação à exclusiva custa de alterações nas regras do jogo têm-se desfeito como bolhas de sabão no choque com a realidade das diferenças quantitativas entre os jogadores.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 5ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva. pp. 25-37.

mundo, como vimos com a previsão da tutela antecipada e das ações coletivas *lato sensu* na década de noventa do século XX e, mais recentemente, com a tentativa de deformalização da execução⁴.

No entanto, entendemos que o processualista não pode permitir que a busca por celeridade ganhe uma velocidade tal, que descarrilhe e se torne desenfreada a ponto de, quase literalmente, atropelar, com consequências fatais, valiosos institutos processuais, deixando-os esqueléticos e desfigurados. Imagens trágicas à parte, o processualista tem a responsabilidade decorrente de sua consciência quanto às consequências de se prestigiar um único valor às cegas, pois a moeda com que será cobrado o preço invariavelmente será a de outros princípios de igual estatura. Esse preço, por ser elevado, deve ser cuidadosa e responsabilmente calculado, pois, errando-se a conta, teremos como resultado a desarmonia do sistema de garantias processuais conferido aos jurisdicionados⁵. Não podemos perder de vista que o desequilíbrio estrutural do sistema processual acarreta o temido e perigoso comprometimento do valor de justiça.

O Direito Processual se propõe, em última análise, a definir e organizar todo sistema colocado à disposição dos cidadãos para reivindicarem ao Poder competente a realização de justiça. Nesse passo, de pouco ou nada serviria aos cidadãos dispor de leis materiais que lhes conferissem inúmeros e elevados direitos se não houvesse mecanismos idôneos, previamente conhecidos, que lhes dessem as coordenadas sobre como fazer valer tais direitos. E mais. Tais instrumentos precisam ser efetivos, ou seja, é necessário que se garanta que serão alcançadas as finalidades para as quais os mesmos foram criados.

Nesse passo, a ciência processual evoluiu com vistas a criar uma série de institutos processuais que, no bojo de cada procedimento, se sucedem e encadeiam, cada qual com a sua finalidade, mas com o propósito último e comum de bem servir ao cidadão na sua busca pela realização de justiça.

Diante disso, não podemos fugir da afirmação de que, para que cada instituto processual alcance a sua finalidade é necessário o dispêndio de um mínimo de tempo⁶. Podemos e devemos extirpar delongas desnecessárias, como alertamos antes, mas devemos reconhecer que a adequada prática de atos processuais depende, inevitavelmente, do gasto de algum período de

⁴ Prova de que a alteração legislativa em prol da celeridade não logra surtir efeitos significativos desacompanhada de um empenho dos operadores do direito no sentido de efetivamente cooperarem para que as mudanças sejam implementadas consiste na tentativa do legislador de dispensar a intimação do executado na fase de cumprimento de sentença, a fim de tornar o procedimento mais célere. Afinal, o executado já era parte na fase de conhecimento, estando plenamente ciente do conteúdo da sentença exequenda, bem como de todos os atos processuais subsequentes. No entanto, a jurisprudência vem exigindo a intimação do executado para que se inicie a contagem do prazo legal de pagamento, o que implica, na prática, em restaurar o regime anterior, prolongando o procedimento e retardando a efetivação do provimento jurisdicional.

⁵ Mais uma vez, com precisão singular, leciona Barbosa Moreira, *in verbis*: “É o que acontece, por exemplo, quando se estende além da medida razoável a duração do feito, pelo afã obsessivo de esgotar todas as possibilidades, mínimas que sejam, de apuração dos fatos. Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele. O terceiro risco é talvez o mais insidioso; e, para bem compreendê-lo, há que ter em mente a tendência, tão comum, a desvalorizar o passado, em especial o passado próximo: ela afeta a literatura, as artes e também, ainda que em menor proporção, a ciência, inclusive a ciência jurídica.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 6ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva. 1997. pp. 17-29.

⁶ José Rogério Cruz e Tucci examinou, com propriedade, esse tema em sua célebre obra *Tempo e Processo*. São Paulo; Revista dos Tribunais. 1997.

tempo, variando desde instantes, como a protocolização de uma petição por fax ou internet, até uma tarde inteira, como pode ocorrer com uma audiência de instrução e julgamento com oitiva de testemunhas.

E tampouco há como responsabilmente fugir da afirmação de que, só poderemos ceder em prol de uma maior celeridade na prática de determinado ato processual, *até a medida em que esse expediente não acabe por tornar estéril o próprio instituto*. A celeridade consiste em uma garantia processual, que permeia todo o sistema processual para potencializar a efetividade de instrumentos processuais. Não podemos, pois, concebê-la como um veículo para esterilizar o próprio instituto em favor do qual foi concebida. De nada adianta afirmarmos que determinado ato processual foi praticado quase que instantaneamente, se ele não cumpriu minimamente com a finalidade para a qual foi criado; em poucas palavras, não foi efetivo. Pensar o Direito Processual como uma sucessão de “empecilhos” – por nós chamados de atos processuais – que devem, a todo custo, ser vencidos o mais rápido possível para que se chegue logo à decisão final – seja ela qual for –, consiste em uma visão equivocada e preconceituosa daqueles que não conhecem a magnitude das garantias processuais e a sua importância para o Direito. Não podemos, pois, nos deixar contaminar por esse enfoque, mas, ao contrário, cabe aos processualistas preocupar-se com que os institutos processuais sejam efetivos e cumpram o seu mister, com que os princípios processuais sejam respeitados, atentando-se para as particularidades de cada caso concreto. Não podemos ter dúvidas de que um processo judicial instantâneo, se totalmente divorciado da justiça do caso concreto, não despertará no jurisdicionado um sentimento de contentamento ou gratidão com o Poder Judiciário ou com o Direito Processual.

Esse é o grande risco em que podemos incorrer na era da celeridade.

Se todos clamam por celeridade, cabe, sem qualquer sombra de dúvidas, ao processualista estar aberto e sensível a tais reclamos, sob pena de o Direito Processual assistir à perda de sua legitimidade. No entanto, cabe ao processualista a tarefa – com certeza pouco confortável, visto que árdua e despida de soluções milagrosas – de tornar possível a aceleração do procedimento sem, com isso, vulnerar toda uma série de garantias constitucionais processuais que foram instituídas todas a bem do próprio jurisdicionado.

Tecemos tais afirmações para abordar um ponto particular dessa problemática, que se mostra bastante ilustrativo. Assistimos, com curiosa – e quiçá assustadora – tranquilidade, ao verdadeiro sepultamento do princípio da identidade física do juiz, particularmente no julgamento dos embargos de declaração. Apresentam-se, como justificativas, finalidades de ordem eminentemente prática, sem reconhecer-se que, com isso, sepulta-se também a própria finalidade dos embargos de declaração, ou seja, a sua efetividade, e, também a reboque, poderá ser sepultado o alcance de um resultado justo em inúmeros processos. Ficamos, neste início de abordagem, com as seguintes perguntas: de que adiantaria termos um recurso de embargos de declaração julgados se a forma de julgamento adotada se mostrar, em sua própria essência, absolutamente inapta a extirpar os vícios contra os quais tal recurso foi criado? Haverá algum argumento de ordem prática de estatura suficiente para oferecer uma justificativa plausível para que se adote como padrão uma forma de julgamento que desnatura o próprio recurso a ser julgado?

II. O RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O ALCANCE DE SUA EFETIVIDADE.

Os embargos de declaração consistem em recurso interposto pela parte que pretende ver extirpada obscuridade, omissão ou contradição de que padece o julgado embargado, consoante previsto no artigo 535, do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a peculiaridade dos vícios a serem corrigidos, o legislador previu, no artigo 536 do Código de Processo Civil, que os embargos de declaração serão interpostos perante o próprio juízo prolator da decisão recorrida. Por essa razão, entendem Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, com absoluta correção, não haver propriamente efeito devolutivo, denominando este último jurista tal efeito como *regressivo*, uma vez que a matéria regressaria ao exame do juízo prolator da decisão embargada.

Analisemos, pois, o vício da obscuridade.

Entendendo uma das partes que a decisão judicial encontra-se obscura, sendo de difícil compreensão, o que comprometeria, inclusive, o seu cumprimento, o recurso adequado para que seja corrigido tal defeito será o de embargos de declaração. Diante disso, serão os embargos remetidos ao juízo prolator da decisão para que este releia o julgado e, caso reconheça carecer de suficiente clareza, *reexprima, com outras palavras, o mesmo conteúdo decisório* já anteriormente adotado, embora de modo pouco compreensível. Trata-se, portanto, de expressar, em outras palavras, ideias já formadas no convencimento do juiz prolator da decisão recorrida, e não na formação de um novo convencimento, ou seja, uma nova solução para a mesma questão.

Dito isso, partindo-se do pressuposto de que um determinado texto escrito – inclusive mas não exclusivamente uma decisão judicial escrita – seja obscuro, isso implica afirmar que qualquer pessoa que venha a ler o referido documento terá dificuldades em dele extrair as ideias que o seu redator inicialmente pretendia externar. Se o grau de obscuridade do texto for elevado⁷, podemos afirmar que cada leitor que se esforce em identificar as ideias adotadas pelo redator deduzirá conclusões absolutamente díspares, uma vez que a linguagem escrita, nesse caso, não cumpriu com a sua função de constituir um veículo que permita ao leitor identificar as ideias postas pelo redator.

Aplicando-se tais noções à decisão judicial, podemos concluir que um provimento jurisdicional obscuro será incompreensível – variando-se o grau de inteligibilidade – para todo e

⁷ Barbosa Moreira esclarece que o grau de obscuridade pode variar desde a “simples ambiguidade” até a “completa inteligibilidade da decisão”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. pp. 545 et seq.

qualquer leitor, sendo certo que o público leitor imediato de decisões judiciais são os advogados das partes. Mas também podemos incluir nesse grupo um outro juiz, diverso daquele que proferiu a decisão obscura. Não há dúvidas de que um outro magistrado, diferente daquele que redigiu a decisão embargada, terá as mesmas dificuldades em decifrá-la que tiveram os próprios advogados das partes. Se uma decisão judicial é, em si, incompreensível, sendo extremamente difícil ou impossível identificar as ideias adotadas por seu redator – qual seja, o juiz prolator da decisão embargada – não há como se negar que um outro juiz, que seja chamado a lê-la, terá as mesmas dificuldades, por ser ele também um terceiro leitor. De fato, o outro juiz terá as mesmas dificuldades pois não terá outra fonte a que se socorrer que não seja a própria decisão embargada obscura...

Com efeito, somente o próprio redator de um texto obscuro terá condições de redigi-lo novamente, de modo a utilizar outras palavras sem, contudo, desvirtuar as *ideias originais*. Em outras palavras, somente o juiz prolator da decisão embargada poderá julgar os embargos de declaração de modo a reexpressar o convencimento que já havia formado ao proferir anteriormente a decisão considerada obscura.

Qualquer terceiro que venha a ler tal texto obscuro e tente, sozinho, redigi-lo novamente, sem consultar o redator, estará apenas fazendo um exercício de adivinhação, sem que se tenha qualquer garantia mínima de que o novo texto coincide com as ideias iniciais que haviam sido postas no primeiro texto de forma indecifrável. Será, em última análise, uma verdadeira loteria. A imensa probabilidade será de que o segundo texto, escrito pelo terceiro, embora seja claro, exponha, na verdade, ideias completamente diferentes – e, talvez, antagônicas – daquelas que o redator pretendia expor no texto inicialmente redigido.

E é exatamente isso que ocorre quando se remete o julgamento de um recurso de embargos de declaração por vício de obscuridade para que seja julgado por um juiz diverso daquele prolator da decisão obscura. Caso o magistrado, ao julgar os embargos, reconheça que a decisão recorrida, proferida por seu colega, é efetivamente obscura, ver-se-á em um verdadeiro e cruel impasse. Exige-se, em verdade, que esse magistrado adivinhe o que o seu colega pretendia ter dito na decisão embargada, mas reconhecidamente não conseguiu. Falamos em adivinhar, visto que esse magistrado irá desempenhar tal tarefa intelectual tendo como única fonte um texto escrito já tachado por ele mesmo como obscuro, ao conhecer dos embargos de declaração. Não haverá qualquer outro subsídio, diverso da própria decisão obscura, de que o magistrado se utilize para lograr perquirir as ideias que transitavam pela mente do prolator da decisão no momento em que a proferia. Trata-se, na verdade, de uma tarefa sobreumana, que não se pode razoavelmente esperar seja desempenhada por alguém, ainda que tecnicamente bem preparado, pois estamos diante de um obstáculo cognitivo, que antecede qualquer aplicação de regras técnico-jurídicas.

Diante disso, ao se compelir um magistrado a redigir novamente uma decisão judicial obscura que não fora proferida por ele, estamos, em verdade, admitindo que ele profira uma nova decisão judicial, e não que esta integre ou corrija uma decisão anterior, visto que, muito provavelmente, ele externará novas ideias na decisão que julgar os embargos. Não há qualquer mínima garantia de que a nova decisão realmente reflète as ideias que o juiz prolator da decisão embargada pretendia ter externado sem êxito. Como dito, trata-se de uma lamentável loteria, de que

os advogados e as partes jamais saberão o resultado, pois este somente poderia ser apurado pelo próprio juiz prolator da decisão, que é o único que não mais será consultado...

Nesse caso, assistimos à adoção de uma forma de julgamento que acaba por desnaturar a essência dos embargos de declaração, de permitir que uma segunda decisão apenas integre a primeira e a esclareça, sem representar novo julgamento.

Vejamos, então, o julgamento dos embargos de declaração por vício de contradição. Nesse caso, a parte interpõe tal recurso em razão de a decisão embargada conter partes ou proposições inconciliáveis entre si. Por exemplo, em uma decisão monocrática proferida por relator de um recurso de agravo, a ementa do julgado dispensa uma solução ao caso, e o dispositivo da decisão dispensa solução absolutamente diversa. Somente o próprio desembargador que proferiu a decisão embargada terá condições de esclarecer, na verdade, qual das soluções indicadas ele pretendia realmente ter adotado.

Qualquer outro magistrado que venha a julgar embargos de declaração que padeçam de contradição acabará por, novamente, tentar adivinhar qual das proposições o juiz prolator da decisão pretendia ter adotado, mas não logrou fazê-lo com coerência e clareza – fala-se em adivinhar pois a decisão não traz subsídios para tanto, por ser reconhecidamente contraditória – ou, ainda, acabará por tentar julgar novamente a causa, examinando, *ab initio*, todas as provas e alegações constantes dos autos para formar, ele próprio, um *novo convencimento* acerca da questão. Em ambas as hipóteses, terá havido um novo julgamento, uma decisão fundada em um *novo convencimento*, não havendo que se falar, pois, em integração da decisão embargada pela decisão que julgou os embargos de declaração.

A sanação do vício de omissão não merece atenção menor. De fato, se, *ad exemplum tantum*, o magistrado prolator da decisão embargada deixou de examinar um dos argumentos tecidos pela parte em sua defesa, ensejando a interposição de embargos de declaração por vício de omissão, deverá tal argumento ser examinado pelo mesmo magistrado prolator da decisão viciada. Isso porque somente ele terá condições de afirmar o seu grau de convencimento sobre os fatos da causa e, portanto, qual ou quais argumentos serão decisivos e suficientes para infirmá-lo. Ou, da mesma forma, somente o magistrado prolator da decisão embargada terá condições de expor se ele realmente não formou o seu convencimento em torno de tal argumento ou se apenas deixou de externá-lo na sentença, fazendo-o agora, em sede de embargos de declaração. Talvez, o magistrado prolator da decisão embargada venha a inadmitir os embargos, por entender que sequer havia omissão, uma vez que tal argumento se encontrava implicitamente rechaçado em outra parte da decisão alvejada.

Remeter, pois, o julgamento de embargos de declaração por omissão para magistrado diverso daquele prolator da decisão embargada implica em admitir o rejuízo da causa, pois, decerto, o novo magistrado terá de formar o seu próprio convencimento a respeito de todas as questões postas, a fim de lograr externar qual a repercussão do exame da questão omitida para o resultado da causa, se teria o condão de redefinir a solução dispensada – e, em caso afirmativo, em qual medida – ou não.

Tais considerações foram tecidas apenas no intuito de que tenhamos ciência de que o julgamento dos embargos de declaração por magistrado diverso do prolator da decisão embargada traz como consequência resultado absolutamente diverso daquele para o qual foi criada essa espécie de recurso e que, em tese, a tornaria tão peculiar em relação aos demais. Daí por que devemos estar conscientes das implicações de se adotar, sistematicamente e como regra, essa forma de julgamento dos embargos de declaração. Onde ficaria a *efetividade* do recurso de embargos de declaração ao se adotar uma forma de julgamento que desvirtua a própria finalidade e os contornos deste instituto? Como podemos ainda afirmar que a segunda decisão apenas integra a primeira, para com ela formar *um todo*⁸, se não nos preocupamos em guardar qualquer mínimo grau de comprometimento com a higidez da convicção formada pelo primeiro magistrado no julgado embargado? Ou, ainda, qual o “grau de celeridade” que consistiria em um preço justo a ser pago em troca do desvirtuamento dos embargos por definição?

Passemos à análise de um princípio processual umbilicalmente relacionado à temática ora abordada.

III. O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E A SUA APLICAÇÃO AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

O princípio da identidade física do juiz preconiza a vinculação da pessoa do magistrado que praticou determinado(s) ato(s) processual(is) para a prática de outro. Tal princípio encontra previsão legal no artigo 132 do Código de Processo Civil.

Tradicionalmente, o princípio da identidade física do juiz é invocado para vincular o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento com produção de prova oral à prolação da sentença. A preocupação com a vinculação nessa hipótese deve-se ao fato de que haveria impressões e conclusões a serem extraídas do depoimento oral que somente seriam plenamente perceptíveis pelo próprio magistrado que esteve pessoalmente na presença do depoente, sendo que tais noções escapariam à mera leitura da ata da audiência. Vale dizer, para que a prova oral produzida em audiência tenha extraído o seu máximo potencial probatório, necessário se faz que o mesmo magistrado que a colheu também prolate a sentença. Portanto, não caberia ao mesmo *juízo* prolatar a sentença, mas, indo além, ao mesmo *juiz*.

O artigo 132 do Código de Processo Civil traz o princípio da identidade física *como regra* para essa hipótese, elencando, a seguir, as respectivas exceções.

Assim é que o citado dispositivo legal prevê a hipótese em que o magistrado foi *convocado* para exercer a função jurisdicional em órgão hierarquicamente superior, acarretando,

⁸ Afirma-se, em sede doutrinária, com absoluta propriedade técnica, que a decisão que julga os embargos de declaração não consiste (ou não deveria consistir) em novo julgamento, mas em uma decisão que se integra à decisão embargada, para formar “um todo”, nas precisas palavras de Fredie Didier. Essa tradicional e correta afirmação resta vulnerada com a prolação da decisão dos embargos por um magistrado diverso do prolator da decisão embargada.

com isso, a suspensão do exercício de suas funções no órgão jurisdicional de origem, onde ele havia presidido a audiência de instrução e julgamento. Portanto, nessa hipótese legal, o magistrado não está exercendo a função judicante em primeira instância por ocasião da prolação da sentença.

Prossegue a redação da norma em análise mencionando a hipótese em que o magistrado encontra-se *licenciado*, configurando, pois, uma situação em que o mesmo não está exercendo a função judicante, seja em qual instância for.

O mencionado artigo prevê, ainda, as hipóteses em que o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento foi *promovido*, situação em que não mais exercerá a função jurisdicional perante aquela instância em caráter definitivo, passando a exercê-la, dali em diante, em instância superior, ou *aposentado*, em que o mesmo deixa de exercer a judicatura definitivamente. Todas essas hipóteses guardam em comum a circunstância de o magistrado *não estar exercendo a função jurisdicional*, seja em *absoluto* – por estar licenciado ou aposentado – seja, *ao menos, em 1ª instância* – por ter sido convocado ou promovido.

Por fim, como última exceção prevista no artigo 132, temos a hipótese em que o magistrado encontra-se *afastado por qualquer motivo*. Em uma análise *sistemática* do citado dispositivo legal, constata-se que se trata do afastamento do magistrado *do exercício da função judicante*, como, de fato, é a nota distintiva de todas as exceções previstas no artigo 132. Podemos citar como exemplo o afastamento do magistrado por estar ministrando, por determinado período de tempo, um curso em outro estado ou participando de um congresso em outra localidade.

Cumpra acrescentar que, segundo as regras de interpretação, as exceções devem ser interpretadas restritivamente⁹. No entanto, os tribunais pátrios vêm dispensando, ao longo dos últimos anos, interpretação marcadamente extensiva ao conceito de “afastamento por qualquer motivo”, distanciando-a do critério de interpretação das demais exceções, a ponto de entender que, ainda que o magistrado esteja *exercendo regularmente a função jurisdicional perante a primeira instância* – mesmo que em uma Vara vizinha àquela onde havia presidido a audiência de instrução e julgamento -, a sentença deverá ser prolatada pelo novo magistrado em exercício naquele órgão jurisdicional.

E tal interpretação vem sendo amplamente aplicada ao julgamento dos embargos de declaração. Entende a jurisprudência pátria, majoritariamente, que o fato de o magistrado não estar exercendo a função judicante naquele órgão jurisdicional no momento em que devam ser julgados

⁹ Assim leciona Carlos Maximiliano, *in verbis*: “A regra do art. 6º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil consolida o velho adágio – interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum, brocardo este correspondente ao dos romanos – *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*. (...) Restrições ao uso ou posse de qualquer direito, faculdade ou prerrogativa não se presumem: é isto que o preceito estabelece. Devem ressaltar dos termos da lei, ato jurídico, ou frase de expositor. (...) Basta lembrar que os textos proibitivos e os que impõem condições quase sempre se incluem no Direito Excepcional, sujeito a exegese estrita e incompatível com o processo analógico.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. pp. 192, 193 e 200.

os embargos de declaração o escusa de apreciá-los, *sem que seja necessário sequer verificar a viabilidade ou não de que ele o faça*¹⁰.

Vale dizer, a jurisprudência hoje dominante preconiza e prestigia como *primeira medida*, ou como *procedimento padrão* a ser adotado, a escusa de o magistrado prolator da decisão embargada julgar os embargos de declaração devido ao fato de ele não estar, circunstancialmente, exercendo a judicatura na Vara onde o respectivo processo tramita. Não há, portanto, *sequer uma recomendação* no sentido de examinar o caso concreto, verificando-se se o magistrado prolator da decisão embargada teria condições de julgar o recurso, por estar exercendo as suas funções na mesma ou em próxima comarca. De fato, muitos são os casos de juízes substitutos que exercem a função jurisdicional em dada região de um estado, sempre em Comarcas vizinhas. Há situações em que o magistrado profere a decisão embargada; em seguida, passa a exercer as suas funções em Comarca contígua, e, com isso, o julgamento dos embargos é remetido automaticamente ao outro juiz que se encontra, agora, lotado naquele órgão jurisdicional. No entanto, por vezes, logo depois do julgamento dos embargos de declaração, o primeiro magistrado, que havia proferido a decisão embargada, volta a exercer a judicatura naquela mesma Vara, voltando até mesmo a despachar naquele mesmo processo.

Reconhecemos que a lei andou bem ao excepcionar do âmbito de incidência do princípio da identidade física do juiz situações que se mostrem excessivamente onerosas e dispendiosas, inclusive do ponto de vista do tempo necessário. Daí ter concebido como excessivamente oneroso vincular o magistrado que estiver exercendo as suas funções perante o tribunal ao julgamento de embargos de declaração em primeira instância, pois os autos deveriam ser remetidos ao tribunal, por vezes, situado em outro estado – como é o caso de juízes federais em relação a Tribunais Regionais Federais –, para que o magistrado pudesse julgar o recurso.

Desse modo, se, de um lado, a lei pretendeu *coibir excessos* que, ao invés de beneficiarem as partes, acabariam por impor-lhes longa espera e elevados custos, é preciso, de outra parte, traçar *limites de razoabilidade* dentro dos quais *é possível e razoável* sim observar o princípio da identidade física do juiz. Indo além, como regra, é recomendável e salutar para o alcance das

¹⁰ Nesse sentido, vide os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: 2009.001.13093 DES. JAIR PONTES DE ALMEIDA - Julgamento: 26/05/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL. “Direito do Consumidor - Compra e Venda a Prazo - Impossibilidade do Comprador de Continuar Efetuando o Pagamento das Parcelas - Rescisão Possibilidade - Não podendo a compradora continuar honrando os pagamentos, por motivo alheio a sua vontade, impõe-se a rescisão do contrato. Hipótese em que os móveis comprados não chegaram a ser entregues. Restituição de parte dos valores pagos. Inteligência do artigo 53, do Cód. de Defesa do Consumidor. Questão Processual - I - Princípio da Identidade Física do Juiz - Violação - Inocorrência - Não se aplica aos Embargos Declaratórios o princípio da identidade física do Juiz. II Gratuidade de Justiça - Faz jus ao benefício aquele que comprova não ter meios para custeio das despesas processuais, constituindo-se a declaração de imposto de renda em prova de hipossuficiência. Decisão reformada.” 2007.002.33674. DES. ANDRE ANDRADE - Julgamento: 05/03/2008 - SETIMA CAMARA CIVEL. “Princípio da identidade física do juiz. Embargos de declaração interpostos contra despacho saneador. Inexistência de vinculação do magistrado prolator da decisão embargada. Ausência de nulidade. Validade da decisão que declinou da competência da Vara Cível para a Vara Empresarial. Desprovimento do recurso.” 2008.008.00428. DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 17/10/2008 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - JULGAMENTO - PROMOÇÃO DO JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - EXCEÇÃO O juízo suscitante prolatou sentença e posteriormente foi promovido para comarca de entrância especial, motivo pelo qual cessou sua vinculação para julgamento dos embargos de declaração. Inteligência do art. 132 do Código de Processo Civil. Manifesta procedência do conflito.”

finalidades de um processo justo e efetivo que tal princípios seja prestigiado nesta hipótese¹¹. Se reconhecemos o princípio da identidade física do juiz como um princípio valioso e identificamos as vantagens por ele conferidas, é necessário traçar parâmetros razoáveis dentro dos quais se mostra mais vantajoso prestigiá-lo do que afastá-lo.

IV. CONCLUSÃO.

De um lado, reconhecemos que não se podem perder de vista questões pragmáticas, como o custo do processo e o tempo despendido. No entanto, por outro lado, entendemos que o princípio da identidade física do juiz traz valiosas contribuições para o Direito Processual, inclusive o contemporâneo. Particularmente no julgamento dos embargos de declaração, ousamos afirmar que a tentativa de se fazer prestigiar o princípio da identidade física do juiz implica preocupar-se, verdadeiramente, com que os objetivos para os quais os embargos foram criados sejam alcançados. Importa, ainda, em um compromisso de se extrair a máxima utilidade deste recurso, permitindo que realmente se alcancem a integração e o esclarecimento da decisão embargada, e não um novo julgamento, uma nova convicção em torno da questão debatida.

Desse modo, se há *dois valores* em questão, faz-se necessário *ponderá-los* e criar parâmetros e balizamentos racionais dentro dos quais se afigure razoável pender para tal ou qual lado. Essa é a proposta ora suscitada. Entendemos que o princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração nos oferece vantagens valiosas - dentre os quais a própria efetividade deste recurso e a preservação de sua identidade e seus propósitos - que justificam sim o seu prestígio, caso isso não implique em excessivo dispêndio de recursos e de tempo. Ou seja, há sim, a nosso entender, situações em que se mostra absolutamente razoável envidar esforços no sentido de prestigiar o julgamento dos embargos de declaração pelo mesmo magistrado que proferiu a decisão embargada. E não se deve conceber essa proposta como um mero entrave ou um obstáculo deliberado e injustificado à celeridade processual. Em absoluto. Pretendemos pugnar por uma reflexão em torno do tema, chamando a atenção para o fato de que há inúmeras situações em que se mostra plenamente factível e justificável, isso sim, prestigiar o princípio da identidade física do juiz no exame de tal espécie recursal. Em muitos casos, com um custo reduzido e um dispêndio mínimo ou quase nulo de recursos, ganha-se muito em termos de *efetividade processual*.

De fato, remeter os autos para o juiz que se encontra na Vara ao lado, para que ele autêntica e verdadeiramente *esclareça* uma decisão sua que padece de inegável obscuridade, socorrerá imensamente ao valoroso anseio de justiça de toda a sociedade. Se, em vez disso, propugnarmos que, como regra de conduta e premissa teórica, já se remetam os autos para julgamento pelo magistrado que circunstancialmente está exercendo a função jurisdicional naquela Vara naquele exato instante – e que certamente terá as mesmas dificuldades em decifrar a decisão embargada que os advogados das partes tiveram – implica um esvaziamento deliberado do recurso de embargos de declaração, contentamo-nos com o lastimável fato de que este recurso já não mais

¹¹ A respeito dos subprincípios do acesso à justiça, mais particularmente o da operosidade e o da proporcionalidade, vide CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

estará sequer vocacionado a servir como meio de integração ou esclarecimento da decisão embargada, mas em um novo e diverso julgamento.

Uma coisa é reconhecermos que, excepcionalmente, o juiz prolator da decisão embargada não poderá, naquele caso, julgar os embargos de declaração, pois, conscientemente e baseando-se em parâmetros de razoabilidade, verificou-se ser excessivamente oneroso aplicar o princípio da identidade física do juiz. Outra, completamente diversa, consiste na situação atualmente verificada, em que insistimos em tecer afirmações teóricas em torno dos embargos de declaração que destoam drasticamente de sua aplicação prática. A afastarmos o princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração como regra, teremos de passar a reconhecer que este recurso implica no rejuízo da causa e, quiçá, no autêntico efeito devolutivo, já que, repita-se, agora como regra, o recurso será, de fato, rejuízo, com base em convicção formada por um novo magistrado.

Estaríamos nos resignando a adotar, *como regra*, uma forma de julgamento que vulnera a própria essência do recurso dos embargos de declaração. Dentro dessa tônica da celeridade, não seria razoável despendar alguns dias a mais de tempo, se, em contrapartida, obtivermos o esclarecimento de uma decisão pelo seu próprio redator, tal qual se concebeu o recurso de embargos? Será que o jurisdicionado, consumidor da prestação jurisdicional, nas célebres palavras de Cândido Dinamarco¹², se acaso instruído das implicações e indagado, não entenderia que este seria um preço bem pago se for a bem da justiça e da efetividade, mesmo sendo o tempo, atualmente, uma valiosíssima moeda de troca?

Embora cientes de que tal discussão consiste em tarefa pouco confortável diante da grande tônica que inegavelmente é a celeridade (a todo custo), ou até mesmo por isso, devemos nos forçar a refletir sobre a própria estrutura do Direito Processual brasileiro. Não podemos nos arriscar a ingressar em uma caminhada irrefletida. Estamos diante de uma ciência cujos institutos estão em permanente contato e interferência – com efeito, vivenciamos a interrelação entre os princípios e institutos processuais diariamente na prática forense, nos autos de milhares de processos judiciais -, e, por isso, prestigiar-se sistemática e quase cegamente um único instituto ou princípio significará, inevitavelmente, vulnerar – ou sepultar – outros tantos.

Podemos até fazê-lo. De fato, pretende-se sempre que o Direito Processual evolua corajosamente, afeito às mudanças da sociedade a que visa atender; essa é, em última análise, a fonte de renovação de sua própria legitimidade. No entanto, as mudanças, quanto mais drásticas e profundas, mais precisam ser conscientes e (profundamente) refletidas. E, mais uma vez, afirmamos que cabe aos processualistas avaliar *até que ponto* ceder aos reclamos de um único princípio, notadamente a celeridade, implica em uma verdadeira evolução. Maior a responsabilidade daqueles que têm, ou devem ter, a real dimensão das implicações, inclusive democráticas, das mudanças que estão sendo empreendidas.

É preciso que reconheçamos que, a interpretarmos as exceções ao princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração com a extensividade atualmente

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Op. Cit.* p. 108.

prevalente, estamos, em verdade, reduzindo-o ao ponto de praticamente anulá-lo. A mera tomada de consciência quanto a essa problemática, a nosso ver, já representa mais do que o meio do caminho, parafraseando Aristóteles¹³, pois significa que, de todo modo, que estaremos caminhando firmes e cientes do que estamos deixando para trás.

Os rumos do direito processual têm implicações muito profundas no seio da sociedade e, por isso, devem ser cuidadosamente delineados por juristas e aplicadores do Direito, como fiéis tradutores dos anseios sociais e guardiães das valiosas conquistas já alcançadas. O carro da celeridade deve ser cautelosamente conduzido a serviço dos primados do Direito Processual, não podendo, ao contrário, vagar desgovernadamente sobre valores e princípios, especialmente a efetividade e a justiça.

¹³ “O começo é mais que metade do todo, e muitas das questões que formulamos são aclaradas por ele.” Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Sao Paulo: Martin Claret. 2005. p. 28.