

# DECISÃO DO RECURSO x PRECEDENTE

Luiz Guilherme Marinoni<sup>\*</sup>

Sumário: 1. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas; 2. Maioria em relação ao resultado e maioria quanto ao fundamento: decisão do recurso e precedente; 3. Compatibilização entre a função de resolver os casos e a função de elaborar precedentes

## 1. O JULGAMENTO COLEGIADO NAS CORTES SUPREMAS



transformação da função das Cortes Supremas de *civil law* tem consequências sobre o modelo de julgamento dos recursos e sobre o comportamento esperado dos julgadores. O modelo de julgamento preocupado com a resolução do caso considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar as suas respectivas posições. Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da Corte.

A abertura à participação e ao debate, que não tem como não influir sobre o procedimento recursal, tem repercussão sobre o comportamento dos julgadores, que se veem obrigados a responder às expectativas geradas pela maior participação e

---

<sup>\*</sup> Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutor pela Universidade de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

pela intensificação do debate. O Ministro não é mais um espectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos e colabora para a elaboração da decisão do colegiado. Espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte. Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante dos novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro<sup>1</sup>.

Ademais, quando a importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para as razões que determinam a solução do caso e a interpretação adequada, não apenas se torna relevante debater estas razões, mas igualmente perceber que o entendimento que pode levar a uma solução favorável por maioria pode ser incapaz de propiciar a elaboração de um precedente. Ou seja, é possível que, num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores compartilhem o mesmo fundamento ou estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso se torna problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente.

Nessa perspectiva, aliás, o voto divergente também assume outro significado. Quando se tem em conta apenas a solução do caso, a divergência é um meio para o julgador ressaltar a sua posição pessoal diante do entendimento da maioria.

---

<sup>1</sup> BENDITT, Theodore M., The rule of precedent. *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 95.

Contudo, quando do julgamento resulta um entendimento que, mais do que resolver o caso, fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade e os casos vindouros, a divergência se dirige à sociedade e, especialmente, à comunidade jurídica, que não pode deixar de estar ciente do grau de autoridade dos precedentes<sup>2</sup>. A Corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas nas *rationes decidendi* dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegiado. Isso também para que a dissensão se mantenha acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na academia<sup>3</sup>. O dissenso, assim, constitui uma marca que simboliza a divergência interna no órgão incumbido de finalizar o processo de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgamentos das Cortes de Apelação.

Portanto, a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à Corte de correção, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes.

## 2. MAIORIA EM RELAÇÃO AO RESULTADO E MAIORIA QUANTO AO FUNDAMENTO: DECISÃO DO RECURSO E PRECEDENTE

---

<sup>2</sup> HETTINGER. Virginia A., LINDQUIST, Stefanie A. e MARTINEK, Wendy L., *Judging on a Collegial Court*. Charlottesville and London: University of Virginia Press, 2006, p. 16 e ss; LEFLAR Robert, The multi-judge decisional process, *Maryland Law Review*, v. 42, 1983, p. 722 e ss.

<sup>3</sup> WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, passim; SUNSTEIN, Cass, *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, passim; LANDA, Dimitri e LAX, Jeffrey R., Disagreements on Collegial Courts: A Case-Space Approach, *Journal of Constitutional Law*, v. 10, p. 305 e ss; DOUGLAS, William O., The Dissent: A Safeguard of Democracy, *Journal of the American Judicature Society*, v. 32, p. 104 e ss; BENNETT, Robert W., A Dissent on Dissent, *Judicature*, v. 74, n. 5, 1990-1991, p. 255 e ss; VARANO, Vincenzo, A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazione sull'esperienza americana, in: *L'opinione dissenziente*, Milano: Giuffrè, 1995, p. 129 e ss.

Como já dito, num julgamento pode haver maioria em relação ao resultado ou ao provimento do recurso, mas não existir maioria quanto aos fundamentos que determinaram o resultado. Ou seja, dois ou mais fundamentos podem ter sustentado o resultado ou o provimento do recurso, sem com que nenhum deles tenha sido compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Se no primeiro caso há resolução do recurso, no segundo resta clara a impossibilidade de elaboração de precedente. Significa que nem toda decisão recursal leva a um precedente. Ora, o precedente diz respeito ao fundamento ou à questão que, solucionada pelo colegiado, determina o resultado do recurso.

Tal distinção exige ter clara a função que a Corte exerce ao julgar o recurso. Note-se que, saber qual é o fundamento para se declarar a contrariedade de uma norma não tem relevância quando importa apenas saber se a norma foi ou não contrariada. Se a maioria entende que a norma X foi contrariada, a Corte entende que essa norma foi negada, ainda que a partir de diversos fundamentos. Se a função da Corte é analisar a eventual contrariedade a norma, *com o fim de resolver uma disputa entre recorrente e recorrido*, uma maioria de votos que declare a negação da norma, ainda que por motivos vários, é suficiente para o provimento do recurso.

Porém, quando a Corte, além de objetivar resolver o caso conflitivo, tem a função de atribuir sentido ao direito, declarando os motivos pelos quais uma norma deve ser interpretada na forma P diante da situação concreta Q, não há como se deixar de lado o significado dos fundamentos que oportunizaram o resultado final no sentido de que a norma X foi contrariada.

Uma *ratio decidendi*, enquanto significado que revela o sentido de um texto legal ou mesmo constitui regra editada pela Corte para resolver um caso, só pode ser formada pela maioria do colegiado. Lembre-se que o *common law* clássico não con-

cebia uma *ratio decidendi* que não contasse com a adesão clara da maioria dos membros da Corte<sup>4</sup>. Quer dizer que os tribunais inferiores sequer indagavam sobre uma *ratio decidendi* quando se deparavam com decisões cujos resultados fossem alcançados a partir de fundamentos não compartilhados por uma maioria. *Rationales* dotadas de autoridade, capazes de regular casos futuros, dependiam do suporte da maioria da Corte. Advirta-se que o problema da extração da *ratio* de decisões plurais, ou seja, das decisões que resolvem um caso ou recurso com base em fundamentos distintos, surgiu no Estados Unidos apenas em meados do século XX<sup>5</sup>.

### 3. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A FUNÇÃO DE RESOLVER OS CASOS E A FUNÇÃO DE ELABORAR PRECEDENTES

Alguém poderia pensar que uma Corte de Precedentes deve, em toda e qualquer decisão recursal, fixar um precedente. É claro que, quando se tem o peso da tradição do *stare decisis*, torna-se mais difícil admitir que uma Corte Suprema possa decidir casos sem exercer a sua principal missão, que é a desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes. Sustenta-se, nos Estados Unidos, que para a Corte Suprema não resolver o recurso mediante a afirmação de fundamentos não compartilhados pela maioria seria correto impor o julgamento dos fundamentos em separado, estabelecendo-se o resultado do recurso após a votação individualizada de cada um dos funda-

---

<sup>4</sup> CROSS. Rupert e HARRIS. J. W., *Precedent in English Law*, cit., p. 78 e ss; WAMBAUGH. Eugene, *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*, 2a. ed., cit., p. 48.

<sup>5</sup> Como demonstra importante artigo de HOCHSCHILD. Adam S. (The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation In Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, p. 261 e ss), preocupado com o problema das decisões plurais da Suprema Corte estadunidense em uma perspectiva histórica.

mentos<sup>6</sup>.

Contudo, embora a função de uma Suprema Corte seja desenvolver o direito e, para tanto, seja imprescindível a formulação de regras dotadas de autoridade, ela não pode decidir teses em prejuízo da solução do caso e dos litigantes. Ainda que a solução dos casos possa não ser vista como o aspecto mais importante da atuação de uma Suprema Corte, não se pode imaginar que ela possa se preocupar em definir questões jurídicas em prejuízo de um julgamento adequado. Isso significa que, se é preciso identificar o fundamento que conta com a adesão da maioria, é também necessário meditar sobre o impacto da definição das questões em separado sobre o devido julgamento do caso ou do recurso. A própria constatação de que a votação das questões em separado pode produzir um resultado indesejável é sinal de que há motivo para preocupação.

Seria possível pensar que o problema das técnicas de votação, no Brasil, só surgiria nas Cortes Supremas. Ou seja, se a técnica de votação das questões tem a ver com o desejo de formular precedentes não haveria motivo para empregá-la nos tribunais de apelação. Porém, a verdade é que o modelo de votação tem a ver com a busca de um julgamento adequado e também com a necessidade de formular regras dotadas de autoridade, e não apenas com esse segundo fator. Vale dizer que o problema, no Brasil, não é privilégio das Cortes Supremas, embora nessas Cortes ganhe um aspecto adicional, precisamente o de que o isolamento das questões é importante para a definição da *ratio*.

Assim, por exemplo, num tribunal três desembargadores podem se ver diante de um recurso de apelação em que o recorrente, condenado a pagar indenização por rompimento de contrato, alega que, não obstante a relação entre as partes, o contrato não lhe obrigava nos termos pretendidos pela sentença

---

<sup>6</sup> KORNHAUSER Lewis A. SAGER Lawrence G., The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 14 e ss.

e que, ainda assim, não deixou de cumprir qualquer obrigação, mesmo as admitidas pela sentença além do contrato. Suponha-se o seguinte: o desembargador relator reconhece o contrato nos termos da sentença, mas não ter sido ele inadimplido; o segundo desembargador declara não haver contrato nos termos supostos pela sentença, mas que as prestações não foram cumpridas; e o terceiro decide que há contrato conforme a sentença e que a obrigação foi inadimplida. Dessa maneira, os dois primeiros desembargadores dão provimento ao recurso e o terceiro nega. Não obstante, considerando-se cada uma das questões, tem-se que: dois desembargadores (o primeiro e o terceiro) entenderam existir contrato e dois desembargadores (o segundo e o terceiro) entenderam existir prestações inadimplidas<sup>7</sup>. Isso quer dizer que, caso tivesse sido adotado o modelo de decisão por questão, o recurso não poderia ser provido. Ou melhor, os resultados seriam diferentes de acordo com a técnica de votação adotada. A técnica do “*issue-by-issue*” acarretaria o desprovimento do recurso de apelação, reconhecendo-se a responsabilidade, e a técnica do “*case-by-case*” faria com que o recurso fosse provido, excluindo-se a responsabilidade do recorrente. A alusão ao exemplo tem apenas o objetivo de demonstrar que a variação do modelo de votação afeta o julgamento dos colegiados em geral.

Em qualquer tribunal, a discussão de uma questão processual ou de uma questão preliminar de mérito, assim como a discussão a respeito de um determinado pedido ou de uma causa de pedir, devem ser feitas em separado<sup>8</sup>. Assim, há de se julgar em separado a quebra do contrato e o direito ao ressarcimento derivado dessa quebra, mas não há motivo para julgar em separado dois fundamentos que se destinam a evidenciar a

---

<sup>7</sup> V. KORNHAUSER, Lewis A. e SAGER, Lawrence G., *The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts*, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 14 e ss.

<sup>8</sup> CPC/2015, Art. 939. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.

existência de reponsabilidade pelo dano. A individualização do julgamento de questões que dizem respeito a um objeto que exige um único juízo não é apropriada. Se o juízo necessário à solução de uma dúvida deriva de um raciocínio lógico que, necessariamente, deve enfrentar duas ou mais questões, não é correto cindir o julgamento das questões, na medida em que, dessa forma, além de se separar o período do raciocínio lógico, individualiza-se dois juízos que, bem vistas as coisas, constituem parcelas de um juízo só. Em outras palavras, é preciso verificar se os fundamentos são autônomos ou independentes - capazes de, cada um por si, gerar determinado resultado - ou agregados - quando ambos devem ser reconhecidos para caracterizar um resultado. No último caso, os fundamentos devem ser julgados em conjunto por cada julgador - no estilo “*case-by-case*” -, não sendo adequado o julgamento em separado de cada fundamento. Esse último modelo poderia ser pensado como idôneo apenas para os casos em que os fundamentos são autônomos ou independentes.

Não é difícil perceber que o problema do julgamento individualizado das questões é o de que, dessa forma, dificulta-se o alcance de votos suficientes para o atingimento do resultado objetivado pelo recorrente. Por outro lado, se poderia dizer que ajuntar fundamentos (autônomos) respaldados por minorias para justificar um resultado ou a violação de uma norma não é uma estratégia que se pode esperar de um colegiado que fala em nome da Corte ou de uma Corte que tem consciência de que as *rationes* ou os fundamentos embutidos nas suas decisões só adquirem autoridade quando sustentados pela maioria.

Porém, nada impede que as decisões convivam com a eventualidade da *ratio decidendi*, admitindo-se, em outras palavras, que uma decisão não contenha *ratio decidendi*. As decisões destituídas de *ratio*, nessa perspectiva, são aptas à resolução do caso ou do recurso. Ademais, para solucionar um recurso, há racionalidade em utilizar fundamentos diversos para



evidenciar algo que basta para demonstrar a (in)correção da decisão impugnada. É difícil negar que fundamentos diversos que evidenciam a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de uma conduta não possam ser considerados para se tê-la como ilegal ou inconstitucional. O que não é possível é admitir como *ratio decidendi* um fundamento eleito pela minoria do colegiado ou da Corte.

Nem mesmo numa Corte de Precedentes, ou seja, numa Corte preocupada em atribuir sentido ao direito ou em instituir a interpretação adequada, deve-se enxergar a função de elaboração de regras universalizantes e voltadas a regular casos futuros de modo absoluto. É razoável e correto ver as Supremas Cortes brasileiras como Cortes que, a despeito de terem a função de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, não precisam necessariamente proferir decisões que contenham *rationes decidendi*. Volte-se a explicar: não precisam necessariamente; mas devem atuar de modo a formular, na medida do possível, decisões ancoradas em fundamentos compartilhados pela maioria do colegiado. Isso significa que, embora seja importante evitar que a decisão de uma Corte Suprema seja equiparada a um mero agrupamento de decisões individuais, é necessário ter consciência da relatividade das suas decisões.

