

DECISÃO DO RECURSO E INSTITUIÇÃO DO PRECEDENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Advogado em Curitiba e em Brasília.

Sumário: 1. O modelo de julgamento nas Cortes Supremas contemporâneas; 2. Maioria em relação ao resultado do recurso e maioria quanto ao fundamento: decisão do recurso e precedente; 3. Compatibilização entre a função de resolver o recurso e a função de elaborar precedentes; 4. Proclamação da decisão e da *ratio decidendi*; 5. Os fundamentos diante dos votos individuais; 6. Elaboração da justificativa; 7. Justificativa e *ratio decidendi*

1. O modelo de julgamento nas Cortes Supremas contemporâneas

A 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 antigo modelo preocupado com a correção das decisões dos tribunais ordinários 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, que não tem como não influir sobre o procedimento recursal, tem repercussão sobre o comportamento dos Juízes, que se veem obrigados a responder às expectativas geradas pela intensificação do debate. O membro de uma Corte Suprema não é mais um expectador, 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 colegiado¹. 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 Juízes. Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante dos novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro².

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 à solução do recurso pode ser incapaz de propiciar a definição da questão de direito, permitindo a elaboração de precedente. Significa que a decisão de um recurso está muito longe do precedente que pode ser estabelecido pela Corte. Note-se que no

¹ Christopher P. Banks, *The Supreme Court and Precedent: An Analysis of Natural Courts and Reversal Trends*, *Judicature*, v. 75, 1991, p. 262 e ss.

² Theodore M. Benditt, *The rule of precedent*, *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 95.

juizamento do recurso extraordinário no plenário do Supremo Tribunal Federal pode haver, por exemplo, sete votos favoráveis ao provimento do recurso, mas não existir maioria que sustente uma mesma interpretação da questão constitucional. Isso é um grande problema quando se tem em conta não só que a Corte sempre tenta delinear uma tese a partir do julgamento e que os advogados invariavelmente procuram nas decisões de recurso extraordinário um precedente³.

No julgamento preocupado em desenvolver o direito, o voto divergente também assume outro significado. Quando se considera apenas a solução do recurso, a divergência é um meio para o julgador ressaltar a sua posição pessoal diante do entendimento da maioria. Contudo, quando do julgamento resulta um entendimento que 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 precedentes⁴. A Corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro os motivos pelos quais o precedente não tem 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 academia⁵. O dissenso, assim, constitui uma marca que simboliza a divergência interna na Corte incumbida de finalizar o processo de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgamentos das Cortes de Apelação.

Deixe-se claro, portanto, que a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à Corte de correção, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes⁶.

2. Maioria em relação ao resultado do recurso e maioria quanto ao fundamento: decisão do recurso e precedente

Num julgamento pode haver maioria em relação ao resultado ou ao (im)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 precedente⁷. Nem toda decisão recursal leva a um precedente. Esse diz respeito ao

³ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 5a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 298 e ss.

⁴ Virginia A. Hettinger, Stefanie A. Lindquist e Wendy L. Martinek, *Judging on a Collegial Court*, Charlottesville and London: University of Virginia Press, 2006, p. 16 e ss; Robert Leflar, The multi-judge decisional process, *Maryland Law Review*, v. 42, 1983, p. 722 e ss.

⁵ Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999, passim; Cass Sunstein, *Why societies need dissent*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, passim; Dimitri Landa e Jeffrey R. Lax, Disagreements on Collegial Courts: A Case-Space Approach, *Journal of Constitutional Law*, v. 10, p. 305 e ss; William O. Douglas, The Dissent. A Safeguard of Democracy, *Journal of the American Judicature Society*, v. 32, p. 104 e ss; Robert W. Bennett, A Dissent on Dissent, *Judicature*, v. 74, n. 5, 1990-1991, p. 255 e ss; Vincenzo Varano, 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.

⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 17 e ss.

⁷ Harry Edwards, The effects of collegiality on judicial decision making, *University of*

fundamento que, resolvido pelo colegiado, determina o resultado do recurso.

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

Porém, quando a Corte, além de objetivar resolver o recurso, tem a função de atribuir sentido ao direito, declarando as razões pelas quais uma norma deve ser interpretada na forma P diante da situação concreta Q, não há como deixar de lado o significado dos fundamentos que oportunizaram o resultado final no sentido de que a norma X foi contrariada⁸.

Uma *ratio decidendi*, enquanto significado que revela o entendimento da Corte sobre a questão constitucional, só pode ser formada pela maioria do colegiado. Lembre-se que o *common law mais antigo* não concebia uma *ratio decidendi* que não contasse com a adesão clara da maioria dos membros da Corte⁹. 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 XX¹⁰. Assim, o problema das decisões plurais (dotadas de vários fundamentos) não é só nosso¹¹. Na verdade, esse tema tem preocupado seriamente as Cortes e a doutrina estadunidense¹².

3. Compatibilização entre a função de resolver o recurso e a função de elaborar precedentes

Pennsylvania Law Review, 2003, p. 1640 e ss.

⁸ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 5a. ed., p. 292 e ss.

⁹ Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 78 e ss; Eugene Wambaugh, *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, Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 48.

¹⁰ Como demonstra importante texto de Adam S. Hochschild (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.

¹¹ Luiz Guilherme Marinoni, Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – Um sério problema no direito estadunidense, *Revista de Processo Comparado*, v. 5, p. 58 e ss.

¹² John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, 1974; Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 1980; Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004.

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 a Corte Suprema possa decidir casos sem exercer a sua principal missão, que é desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes¹³. Sustenta-se, nos Estados Unidos, que para evitar que a Corte Suprema resolva o recurso mediante a afirmação de fundamentos não compartilhados pela maioria seria melhor que a decisão dos fundamentos fosse realizada em separado, declarando-se o resultado do recurso após a votação individualizada de cada um dos fundamentos¹⁴.

Porém, uma Corte Suprema não pode decidir teses em prejuízo da solução do caso e dos litigantes. Ainda que a solução do recurso possa não ser vista como o aspecto mais importante da sua atuação, não se pode imaginar que a Corte possa se preocupar em definir questões jurídicas em detrimento do adequado julgamento do recurso¹⁵. 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 dos fundamentos em separado pode traduzir resultado inexato do julgamento do recurso é sinal de que há motivo para preocupação¹⁶.

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. Assim, por exemplo, 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 existência da responsabilidade 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 juízo. No último caso, os fundamentos devem ser analisados 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 independentes¹⁷.

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 se atingir o resultado objetivado pelo recorrente. Por outro lado, se poderia dizer que juntar fundamentos (autônomos) respaldados por minorias para justificar um resultado

¹³ Ronald A. Heiner, Imperfect decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules, *Journal of Legal Studies*, n. 15, 1986, p. 142 e ss.

¹⁴ Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 14 e ss.

¹⁵ Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004, p. 281 e ss.

¹⁶ William V. Gehrlein e Dominique Lepelley, *Voting Paradoxes and Group Coherence*, Heidelberg: Springer, 2011.

¹⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2a. ed., p. 113-122.

não é uma boa estratégia para um colegiado que deve falar em nome da Corte ou para uma Corte que tem consciência de que as *rationes* ou os fundamentos embutidos nas suas decisões só adquirem autoridade quando sustentados pela maioria.

Entretanto, nada impede que as decisões convivam com a *eventualidade* do precedente, 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. 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 inconstitucionalidade de uma conduta não possam ser considerados para tê-la como inconstitucional. O que não é possível é admitir como *ratio decidendi* um fundamento eleito pela minoria do colegiado ou da Corte.

A função de elaborar precedentes não pode ser vista de absoluto, como se o plenário do Supremo Tribunal Federal sempre devesse, ao decidir recurso extraordinário, fixar uma tese ou delinear uma regra universalizante e voltada a regular casos futuros. É razoável e correto ver o Supremo Tribunal Federal como Corte que, a despeito de ter a função de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, não precisa necessariamente proferir decisões que contendam *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 decisões¹⁸.

4. Proclamação da decisão e da *ratio decidendi*

O raciocínio decisório, que no caso de julgamento colegiado depende de efetivo debate e diálogo entre os juízes acerca de todos os argumentos que importam para a tomada de decisões instrumentais (que objetivam o alcance da decisão do caso) e da própria decisão final, deve ser analisado com muita cautela antes de se proclamar a decisão e a *ratio decidendi*¹⁹.

Isso porque chega a ser comum proclamar decisões destoantes do raciocínio decisório. O verdadeiro problema é o de que, enquanto no “juízo singular” o raciocínio decisório, a decisão e a justificativa estão enfeixadas nas mãos de uma só pessoa, no julgamento colegiado o seu Presidente nem sempre tem presente com exatidão a expressão da vontade dos seus membros e a exata extensão da discussão em relação aos pontos relevantes à proclamação do resultado, cuja clareza, inclusive, pode se perder no curso dos debates²⁰.

Pretende-se dizer, em outros termos, que o exato dimensionamento do que se discutiu para decidir é absolutamente imprescindível para a proclamação da decisão e da *ratio*. A proclamação também depende de uma atividade ou de um raciocínio colegiado, que não se confunde com o raciocínio decisório. Perceba-se que no momento da elaboração da proclamação não apenas já se raciocinou para decidir como já se decidiu. Falta apenas raciocinar para *proclamar* e, então, efetivamente declarar a

¹⁸ Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 1980, p. 758 e ss.

¹⁹ Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The one and the many: Adjudication in collegial courts, *California Law Review*, 1993, p. 4.

²⁰ Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The one and the many: Adjudication in collegial courts, *California Law Review*, 1993, p. 7.

decisão e a *ratio decidendi*.

O raciocínio para a proclamação também pode dar origem a debate entre os membros do colegiado, que podem e obviamente devem, quando necessário, reavivar os seus pontos de vista e a extensão em que os argumentos foram efetivamente abordados.

Quando se está diante de julgamento apto à formação de precedente, não importam apenas as conclusões dos votos, mas têm relevância as razões expressas em cada um deles. Afinal, a sorte de um precedente depende da *ratio decidendi* e não de saber qual dos litigantes resultou vitorioso em face do recurso. Ora, só é possível identificar se do julgamento deflui uma *ratio decidendi* quando se delimita com exatidão as razões de cada um dos votos, considerando-se, ainda, o número de votos que firmou um ou outro entendimento.

Sublinhe-se que se está a falar de proclamação da decisão e da *ratio*, o que é absolutamente desconhecido na prática do direito brasileiro. Como se sabe, não há, entre nós, qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento do anúncio do resultado do julgamento. Porém, tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Nesse sentido, a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*²¹.

5. Os fundamentos diante dos votos individuais

Votos em sentido igual, ou seja, no sentido do provimento ou do não provimento do recurso, podem ser dotados de fundamentos diversos. Do mesmo modo, em caso de divergência, a maioria de votos em sentido do provimento ou do não provimento do recurso pode não fazer surgir uma *ratio decidendi*.

Num colegiado de onze membros, a maioria, nesse caso representada por seis votos, pode afirmar um resultado em favor de um dos litigantes, apresentando de um a seis fundamentos. Só será possível pensar em *ratio decidendi* quando os seis votos se basearam em um único fundamento. Basta que um voto tenha fundamento distinto para que se tenha apenas cinco votos afirmando um fundamento, o que, num colegiado de onze membros, não faz surgir um precedente.

Se a formação da *ratio decidendi* depende da maioria dos membros do colegiado, não basta, no momento em que se raciocina para proclamar o resultado do julgamento, considerar a conclusão dos votos. É preciso ter em mente os fundamentos que foram analisados e, nessa perspectiva, considerar quais membros do colegiado prestigiaram esse ou aquele fundamento. Recorde-se que o resultado do julgamento não pode ser visto como sinônimo de decisão do recurso, pois engloba a decisão e a definição da eventual *ratio decidendi*²².

Isso tudo pode e deve ser objeto de debate, tendo-se sempre em consideração que muitas das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*.

Ademais, é também importante revelar, no momento da proclamação do resultado, os fundamentos que foram sublinhados por votos insuficientes à formação

²¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2a. ed., p. 123-125.

²² John F. Davis e William L. Reynolds, *Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court*, *Duke Law Journal*, 1974, p. 62.

de *ratio decidendi*. Um fundamento afirmado por cinco de onze votos, por exemplo, é um sinal de tendência que não pode ser desprezado. Por isso, tem importância para a Academia aprofundar a investigação do tema e para os advogados advertirem os seus clientes²³.

Lembre-se, aliás, que a Suprema Corte pode, num exercício de contenção, deixar de revogar um precedente por supor não estar diante do momento mais adequado, pelo fato de muitas relações jurídicas em andamento terem se baseado no precedente ou situações jurídicas consolidadas terem nele se apoiado, sempre a partir de uma “confiança justificada”²⁴. Em situações dessa espécie, a Corte pode sinalizar para um futuro *overruling*²⁵. Porém, a confiança justificada pode ser descaracterizada por fundamentos expressos em decisões passadas, a demonstrar falta de consistência sistêmica ou desgaste do precedente e, assim, a probabilidade da sua revogação²⁶. O desgaste paulatino de um precedente não pode deixar de ser assimilado pela advocacia, já que cabe ao advogado orientar o seu cliente acerca do grau de autoridade dos precedentes. Portanto, também por isso há importância na individualização dos fundamentos que, afirmados por determinados votos, não foram suficientes à revogação do precedente, mas constituem evidência de decisões inconsistentes ou de desgaste do precedente, a evidenciar falta de razão para confiança justificada²⁷.

Por fim, embora a interpretação da justificativa seja a maneira adequada para a identificação de eventual *obiter dicta*, o colegiado pode, no momento da proclamação do resultado, advertir que determinados fundamentos foram discutidos de passagem ou não foram discutidos por todos os membros do colegiado, daí surgindo eventual debate acerca de ponto que, de outra forma, ficaria sujeito a controle apenas na fase de elaboração da justificativa. Isso tem relevância quando pode haver dúvida sobre o significado da discussão de uma questão, se *ratio* ou *obiter*²⁸, ou quando a discussão de um ponto que não guarda conexão com a questão de direito solucionada por meio da *ratio decidendi* pode ter eficácia *persuasiva* diante de casos futuros²⁹.

6. Elaboração da justificativa

Num julgamento colegiado, há justificativa oral dos votos individuais ou das posições em debate na fase que antecede a de proclamação do resultado. Assim como

²³ Michele Taruffo, Institutional factors influencing precedents, In Neil MacCormick e Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 457.

²⁴ “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently” (Robert Summers, Precedent in the United States (New York State), In *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 397-398).

²⁵ “Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable” (Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 122).

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 5a. ed., p. 249 e ss; p. 359 e ss.

²⁷ Richard L. Hasen, Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: How Supreme Court Justices move the law, *Emory Law Journal*, 2011, p. 779 e ss; Barry Friedman, The wages of stealth overruling (with particular attention to *Miranda v. Arizona*). *Georgetown Law Journal*, v. 99, 2010, p. 1 ss.

²⁸ Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 6; Karl Llewellyn, *The case law system in America*, Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 14 e ss; Robert G. Scofield, The distinction between judicial dicta and obiter dicta, *Los Angeles Lawyer*, Los Angeles, vol. 25, 2002.

²⁹ M. Stearns e M. Abramowicz, Defining dicta, *Stanford Law Review*, v. 56.

essa última fase é algo peculiar ao julgamento colegiado, a justificativa oral dos votos, antecedendo a tomada da decisão, também é algo que o caracteriza, uma vez que é indispensável à plenitude da deliberação.

Na verdade, a justificativa dos votos ou das teses em disputa é algo inerente à discussão do colegiado, na medida em que não pode haver discussão sem o confronto das justificativas. Essa forma de justificativa, porém, não pode ser confundida com a justificativa da decisão colegiada. A justificativa da decisão colegiada, que deverá tomar em conta a proclamação do resultado e tudo o que passou na fase pré-decisória, obviamente não pode deixar de considerar as justificativas orais apresentadas na fase que antecedeu a própria decisão.

Não há dúvida, portanto, que a justificativa da decisão colegiada não traz problemas apenas a partir do momento em que surge como discurso do colegiado - pronto e acabado. Como a justificativa é construída e pode ser elaborada de diversos modos, é preciso cuidar para que o procedimento justificatório seja realmente apto a propiciar uma justificativa que, além de espelhar o que ocorreu na fase pré-decisória e de proclamação do resultado, demonstre a validade do argumento determinante da decisão e, ao mesmo tempo e quando for o caso, traga os fundamentos da opção divergente - que restou vencida³⁰.

Como a justificativa deve retratar os argumentos em debate, não há razão para restringir a participação dos membros do colegiado na fase justificatória. Não há motivo para pensar que apenas um juiz do colegiado participa da fase de justificação, confundindo-se a justificativa da decisão colegiada com a sua redação. Há de se perceber que participar da fase de justificação da decisão não é o mesmo do que ter poder para redigir a justificativa. Todos os membros do colegiado podem participar da fase de justificação, sugerindo destaques ou acréscimos, embora apenas um juiz seja o responsável pela redação da justificativa final³¹.

Na fase de elaboração da justificação é preciso pensar na melhor forma para dar concretude a um acórdão capaz de expressar um precedente. Como o julgamento colegiado do Supremo Tribunal Federal não exige consenso e a divergência tem que ser adequadamente comunicada ao público, é preciso contar com declarações escritas que identifiquem a razão determinante da decisão e a razão dissidente. Trata-se de incumbência dos magistrados que proferiram os primeiros votos dos grupos vencedor e vencido. Esses votos ainda necessitam de uma justificativa final, que fica a cargo do redator do voto do grupo vencedor.

É importante que os redatores dos votos vencedor e vencido, antes da redação da justificativa final, encaminhem os respectivos votos àqueles que os acompanharam. Isso para que os demais julgadores verifiquem se têm algo para agregar às razões dos votos. O mesmo procedimento deve ser observado depois da redação da justificativa final, quando importará a análise do delineamento da *ratio decidendi*, do fundamento dissidente e das *obiter dictas* que eventualmente foram descritas.

7. Justificativa e *ratio decidendi*

³⁰ Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 1980, p. 756-759; John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, 1974, p. 62.

³¹ Na Suprema Corte dos Estados Unidos, com a definição do Justice redator da *opinion*, tem-se o início de uma fase distinta de discussão, baseada na minuta da decisão, na qual todos os membros do colegiado podem sugerir mudanças e adaptações no texto a ser futuramente publicado. Ver Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth e Sarah C. Benesh, *The Supreme Court in American Legal System*, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 305.

Precedente não se confunde com decisão ou com justificativa. A decisão é a resolução de um caso, cuja justificativa pode ou não dar origem a uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, a um precedente. Note-se que a justificativa, mesmo quando contém a *ratio*, pode tratar de outros aspectos do caso.

Não há dúvida que não há precedente sem *ratio decidendi*, mas o precedente é mais do que a *ratio*. É certo que a parte do precedente que importa, enquanto regra que regulará os casos futuros, é a *ratio decidendi*. Contudo, o precedente, se necessariamente contém a *ratio*, também abarca outros pontos. O precedente engloba o relatório, descreve o contexto fático e contém todas as circunstâncias que importam para o caso, além de poder conter justificativa de argumentos divergentes e de eventuais *obiter dicta*.

A *ratio decidendi*, embora derivada da justificativa, requer condições que a tornam peculiar. Uma justificativa apenas gera *ratio decidendi* nos julgados das Cortes Supremas e, nesses casos, quando realmente consiste no fundamento determinante da decisão, prestigiado pela unanimidade ou pela maioria dos membros do colegiado.

Embora a justificativa seja o resultado de um raciocínio que deve considerar a fase pré-decisória e a proclamação do resultado - e que, assim, deve retratar os fundamentos que realmente conduziram à decisão e foram efetivamente discutidos por todos os membros do colegiado -, enquanto discurso sempre será objeto de análise por aqueles que têm interesse especialmente na autoridade e na eficácia vinculante da *ratio decidendi*³². Nos julgamentos subsequentes interessados na aplicação do precedente haverá sempre debate sobre a existência de uma efetiva *ratio decidendi* e a respeito de seus exatos significado e alcance³³.

³² Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas Cortes Supremas*, 2a. ed., p. 138-141.

³³ Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, New York: Oxford University Press, 2008, passim; Ronald A. Heiner, Imperfect decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules, *Journal of Legal Studies*, n. 15, 1986, p. 142 e ss.