

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
GABRIEL MORAIS CARONE**

**A Inconstitucionalidade do Voto que Segue o Relator Sem Motivação  
Expressa**

**Juiz de Fora  
2019**

**GABRIEL MORAIS CARONE**

**Inconstitucionalidade do Voto que Segue o Relator Sem Motivação  
Expressa**

**Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Constitucional sob orientação da Profa. Dra. Joana de Souza Machado.**

**Juiz de Fora  
2019**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**GABRIEL MORAIS CARONE**

## **A Inconstitucionalidade do Voto que Segue o Relator Sem Motivação Expressa**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Constitucional submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Profa. Joana de Souza Machado  
UFJF

Profa. Priscilla Calegari  
UFJF

Rafael Carrano Lelis  
PPGD PUC-Rio

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 27 de junho de 2019.



## **A Inconstitucionalidade do Voto que Segue o Relator Sem Motivação Expressa**

**Gabriel Morais Carone**

### **RESUMO**

O presente trabalho se dedica a demonstrar a inconstitucionalidade dos votos em turmas colegiadas que se limitam a dizer que seguem o entendimento do relator. Para tal utilizou-se análise crítica do texto e do sistema constitucionais, de análise doutrinária a respeito do livre convencimento motivado e a colegialidade no Poder Judiciário brasileiro e percebeu a incompatibilidade do tipo de voto estudado com o Estado Democrático de Direito e consequentemente com os princípios regentes da Constituição Federal

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Poder Judiciário, Ausência de Motivação de Decisões, Colegialidade, Teoria dos Precedentes, Inconstitucionalidade

### **INTRODUÇÃO**

O sistema Constitucional brasileiro após 1988 passa a privilegiar uma retomada democrática, participativa, com atos públicos seguindo princípios de transparência, legalidade e justificação, como forma de reestruturação após o período de autoritarismo pelo qual o país acabara de passar. A fim de positivizar estas questões e salvaguardar estes princípios, grande parte está expressa na Constituição de 1988.

Os Princípios Constitucionais são entendidos como uma defesa democrática por se tratarem de um grupo de valores, que se expressam de forma abstrata e assim orientam a interpretação sistemática da Constituição. Desta maneira, neste núcleo constitucional de ideias estão assentados os principais objetivos e defesas do conceito de democracia.

Entre estes conceitos, essenciais à democracia, estão as liberdades e garantias constitucionais; os valores de preservação destes direitos, tal qual o estabelecimento de

cláusulas pétreas constitucionais; a atuação restrita, pública e motivada da administração pública, entre tantos outros. Dentre estas defesas democráticas e participativas está o dever de que, ressalvadas hipóteses em que o sigilo seja estritamente necessário, os atos administrativos sejam públicos e devidamente motivados.

A publicidade e motivação são princípios basilares de um Estado Democrático, garantindo a transparência, utilidade, impessoalidade da Administração. Essas garantias configuram parte importante da participação, informação e valorização da população, fonte primária do poder estatal e destinatário final de todo ato administrativo, no processo de escolhas e atos da Administração e dos agentes públicos.

Estes princípios não pautam apenas os atos do Poder Executivo, mas também os atos estatais provenientes do Poder Legislativo e Judiciário e, respectivamente, os atos dos seus agentes públicos.

Assim, esses princípios devem se aplicar às decisões judiciais, conforme a previsão do Art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, e é este espírito republicano e democrático que se espera de uma democracia jovem como a brasileira.

Porém, surpreendentemente, a jurisprudência brasileira passou a adotar, sem qualquer previsão legal, o voto imotivado, que apenas segue o relator.

A partir da constatação deste voto imotivado que permeia o Poder Judiciário retiramos a questão problema deste trabalho: “O voto sem motivação, que se limita a concordar com a decisão do relator, é compatível com os princípios constitucionais?”

Esses votos imotivados acontecem porque, conforme preveem as cláusulas de reserva de plenário e os regimentos internos dos tribunais, alguns julgamentos são apreciados em turmas de julgadores, em que um dos julgadores se vale do voto de um de seus colegas sem devidamente se aprofundar na matéria, se limitando a dizer a frase tão conhecida por qualquer um que já tenha vago conhecimento da jurisprudência brasileira: “Sigo o Relator”.

O referencial teórico utilizado para realizar esta pesquisa será a teoria dos precedentes nos moldes apresentados pelo autor Tushnet (2013).

O objetivo da presente pesquisa é compreender se o conceito do voto sem fundamentação é compatível com a Constituição brasileira e como esta realidade se relaciona com a alienígena Teoria dos Precedentes (cada vez mais naturalizada aos países de tradição romano-germânica) e com o conceito de Colegialidade (que se aplica aos recursos e que ganha novos contornos com a Teoria dos Precedentes).

Para alcançar esse objetivo, será feita análise doutrinária a respeito da Teoria dos precedentes e dos princípios da motivação, publicidade e colegialidade. Também será realizada pesquisa de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que trate desses temas.

O objeto da pesquisa se mostra de grande relevância quando se analisa a sobrecarga em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro na atualidade. Assim, ao mesmo tempo em que os magistrados se preocupam em dar uma resposta rápida às demandas judiciais, há também a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas a fim de garantir um real controle democrático sobre a atuação jurisdicional.

## **1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A REGRA DE MOTIVAÇÃO**

O Estado Brasileiro adotou em sua Constituição, após 1988, um novo modelo de Estado: O Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Esse modelo de Estado tem como principal paradigma a ideia de que suas ações respeitarão procedimentos e que durante estes procedimentos, haverá participação e intervenção popular (FERNANDES, ano. p. 288).

A ideia de um Estado Democrático, apesar de constantemente renovada a fim de garantir continuamente novas formas de participação popular, possui como característica principal e marcante a ideia de que o poder emana do povo, conforme se vê no art.1º, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Característica esta que pode ser identificada claramente pela origem etimológica da palavra “democracia”, que, em tradução livre, significa “poder do povo”.

Em complementação ao Estado Democrático há a noção de Estado de Direito, que cria procedimentos dentro dos quais esse poder popular poderá ser exercido, porém, combinados, por vezes, à necessidade de atuação contramajoritária do Estado, haja vista a necessidade de respeito aos direitos fundamentais.

É nessa relação complexa entre o interesse popular, os procedimentos pelos quais a Administração Pública funciona, as liberdades e garantias individuais e coletivas que está assentado o Estado Democrático de Direito.

Para além da adoção deste paradigma estatal, a Constituição Federal brasileira buscou também criar os meios pelos quais este paradigma seria aplicado. Para a aplicação destes valores intrínsecos à Constituição (tendo em vista que se trata de cláusula inalterável, pétrea,

desta Carta Constitucional) o Legislador Constitucional criou diversos mecanismos de aplicação, fez previsão do direito ao voto universal, secreto e periódico, por exemplo, para a efetivação da democracia representativa; o procedimento pelo qual entrarão em vigor as leis no Brasil, para garantir que as leis obedecerão a procedimentos e que haverá participação popular no processo de criação delas; criou limitações e procedimentos para os atos administrativos para que os atos da administração pública não surpreendam a população e que estes atos poderão ser fiscalizados pela população, entre tantas outras (BRASIL, 1988).

Entre estes procedimentos criados, o estabelecimento de procedimentos e limitações aos atos administrativos é essencial para esta pesquisa. Estes procedimentos definem, sobretudo, como devem funcionar os órgãos públicos, os agentes públicos, os atos públicos de forma geral. Desta forma toda a atuação estatal está regida por uma série de regras, procedimentos e princípios, de forma que o desrespeito a estes causa vício de legitimidade ao ato, devendo ser declarado nulo.

Entre eles estão a regra do dever de motivação e o princípio da publicidade, os quais estão destacados aqui pela importância que possuem para avaliar as questões de legitimidade das quais trata esta pesquisa.

Nesse sentido, é importante destacar que o professor Robert Alexy (2015) ensina que há diferenças entre as normas do tipo “regras” e as normas do tipo “princípios”. Segundo o autor, os princípios são mandamentos de otimização, pois buscam apontar os valores e as diretivas pelas quais preza o instituto jurídico em questão, desta forma podem ser sopesados e excepcionados, como forma de privilegiar outros princípios, como é o caso da publicidade.

Já as regras se tratam de mandamentos diretos, também conhecidos como normas tudo-ou-nada. Para este tipo de norma, é incompatível que haja sopesamento ou ponderação, este é o caso da motivação, já que a mesma sempre deve estar presente em todo e qualquer ato público.

O Princípio da Publicidade é um requisito basilar para qualquer democracia, tendo em vista tornar obrigatório que os atos administrativos sejam abertos, públicos, ou seja, é um facilitador do acesso da população para que esta possa saber da existência, avaliar e participar dos atos administrativos - participação imprescindível para que o contexto democrático no qual vivemos não seja simplificado ao período de eleições.

A busca deste princípio é trazer transparência aos atos da Administração pública de forma que a população consiga participar de forma segura por ter acesso às informações.

A respeito deste princípio, Duarte (2014, p. 38) afirma também:

Desta forma, o Estado alcança o propósito da transparência, também imediatamente decorrente da proposta democrática, uma vez que se faz instrumento inafastável para viabilizar o já aludido controle, ou seja, a aferição por parte do povo, verdadeiro titular do Poder, daquilo que está sendo feito em sua representação.

Desta forma, fica evidente a correlação entre o princípio da publicidade e a democracia. Com previsão no Art. 37, caput, da Constituição (BRASIL, 1988), o princípio possui exceções por entendimento de que alguns atos relevantes à intimidade de algum cidadão ou de interesse público de sigilo. É possível o sigilo de atos da administração pública em uma democracia, mas pelo bem da democracia é necessário que o sigilo seja uma exceção e que essa exceção possua motivo para tal.

Se o princípio da publicidade trabalha no sentido de que a população tenha a possibilidade de saber “o que” a administração pública faz, o dever de motivação tem por finalidade mostrar à população “porque” a administração pública está agindo.

Este controle dos motivos que levam a administração pública a agir é importante para que esteja garantido o interesse público contra qualquer tipo de discricionariedade indevida pelo agente público. O dever de motivação dos atos tem em seu cerne o interesse em fiscalizar os atos. Para Di Pietro (2018, p. 149), em razão deste princípio, a Administração Pública tem a exigência de fundamentar indicando os motivos de fato e de direito das decisões, sendo obrigatório em todo tipo de ato.

É interessante ressaltar que tais deveres se impõem ao agente público em sentido amplo, de forma que não se trata apenas da Administração (Poder Executivo), mas de todo aquele que age em nome do Estado. Portanto, esta definição certamente inclui os magistrados brasileiros.

## **2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

Na seara jurídica, o magistrado no Brasil, ao julgar uma demanda, apesar das liberdades e prerrogativas para decidir de acordo com sua consciência e entendimento, deve descrever os motivos aduzidos pelas partes que o levaram a decidir o processo. Para este dever, constitucionalmente previsto, convencionou-se o nome de Livre Convencimento Motivado,

nomenclatura até respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Menezes Direito em RHC 91.161 (STF, 2008).

É inquestionável a adoção do princípio do livre convencimento motivado no sistema jurídico brasileiro. A ideia é que a argumentação jurídica das decisões deve ser buscada dentro do processo, tendo o juiz a liberdade para valorar as provas como entender melhor, porém restrito ao dever legal de argumentar de forma válida e coerente sobre sua decisão, sendo este um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro. Desta forma, os órgãos de revisão de decisões, frequentemente, quando provocados a fazê-lo, declaram a nulidade de diversas decisões que entendem imotivadas ou não fundamentadas, terminologia utilizada pelo legislador. É o disposto no Artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988):

**Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Dessa maneira está disposta a positivação constitucional do princípio do livre convencimento motivado. Além disso, o Código de Processo Civil brasileiro, (BRASIL, 2015), também dispõe sobre o livre convencimento motivado. Como prevê o Artigo 371, CPC:

**Art. 371.** O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Vistas as previsões legais para o princípio, os trechos “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões” e “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” tornam expresso o dever de motivar, de forma que a fundamentação de todo ato decisório constitui parte essencial da decisão em sentido amplo, parte sem a qual a decisão merece ser declarada nula. Alguns autores até argumentam que o novo texto do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) teria transformado o modelo de Livre Convencimento Motivado em um modelo mais rígido de fundamentação e teria se tornado um modelo de Convencimento Motivado de Persuasão das Partes.

Segundo trata Ferreira (2015, p. 1001):

Não há liberdade no ato de julgamento, há um dever de fundamentar a posição tomada, que deve ter como pauta de conduta a preocupação em buscar convencer as partes acerca da correção do posicionamento judicial (persuasão racional das partes), isto é uma mutação revolucionária na normatização do ato de julgar, porque a decisão não é propriamente imposta, mas disposta a convencer.

Câmara (2008, p. 55) ainda aponta outra razão para que se exija a motivação das decisões, como um interesse público na legitimação do juiz, como forma de controle popular difuso das decisões judiciais, até pelo fato de que os juízes, no Brasil, não passam por crivo popular para sua investidura, trata-se de um processo seletivo basicamente técnico. Nas suas palavras:

A motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial. Isso se dá por uma razão. Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções

Assim, de acordo com Câmara (2008, p. 55) lecionou, a motivação é essencial para a garantia e fiscalização da imparcialidade do juiz, tendo em vista que é a única oportunidade em que o juiz presta contas à sociedade. Uma sentença desprovida de argumentação, de fundamentos jurídicos capazes de motivá-la, pode simplesmente advir de favorecimento ou perseguição à parte judicial. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) exige que o Poder Público atue com imparcialidade e impessoalidade no trato com o cidadão.

Di Pietro (2018, p. 135) destaca que essa necessidade de atuação com impessoalidade e imparcialidade deve ser observada por dois vieses: o viés do Estado que deve tratar todos igualmente (sem beneficiar alguém em específico ou perseguir determinada pessoa); E, o viés da imparcialidade e impessoalidade na atuação do agente público, que não deve atuar para promover a sua imagem pessoal, mas, sim, atuar em nome do Estado, de forma a garantir o interesse público (ainda que contrário a seus valores pessoais).

É interessante ressaltar que tal modelo decisório nem sempre foi o adotado pelos sistemas jurídicos ocidentais, que já passaram por modelos como o da Prova Tarifada (ou também da verdade legal), em que se tolhia a autonomia decisória do juiz determinando o valor de cada prova legalmente estando o juiz adstrito a estes valores; e o Livre Convencimento (fase

pagã/empírica) *secundum conscientiam*<sup>1</sup>, em que o juiz era livre para valorar as provas e a validade do ato derivaria diretamente da posição de poder do juiz (MIRABETE, 2005, p. 259-260).

Quando permitimos que o juiz não esteja adstrito aos moldes da congruência com os pedidos das partes, das provas contraditadas, dos argumentos trazidos pelas partes e da motivação das decisões, estamos regredindo a um modelo fadado ao descrédito das decisões judiciais e da figura de excelência técnica do juiz e de decisões de pouca ou nenhuma participação das partes, que se submetem a uma figura autoritária que lhes dará o direito como bem entender.

### 3 A COLEGIALIDADE NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

No Brasil foi feita a opção, como regra geral, de que os tribunais recursais, aqueles aos quais são encaminhadas as insurgências contra as decisões de juízes de primeiro grau, seriam compostos por grupos de magistrados: as turmas ou o plenário.

O plenário é composto pela integralidade dos magistrados de determinado órgão do Poder Judiciário, sendo o único legitimado constitucionalmente para julgar determinadas demandas que o Legislador Constituinte decidiu serem de tal importância que deveriam ser debatidas e objeto de análise de todos os integrantes do órgão. Esta previsão está positivada no art. 97 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que passou a ser conhecido como a “Cláusula de Reserva de Plenário”.

Já as turmas são compostas por grupos de magistrados do órgão e em geral são definidas pelo Regimento Interno do órgão. Cada turma é responsável por decidir coletivamente a respeito do caso a ela distribuído pelo tribunal, de forma que os magistrados que a integram votam e a teoria mais votada passa a constituir a decisão tomada pela turma.

Segundo entendimento da ministra Rosa Weber em trecho de seu voto no Habeas Corpus 152.752 (STF, 2018):

(...) ABORDO o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este que há de ser bem compreendido. A colegialidade, como método

---

1

Termo do latim para “segundo consciência” em tradução livre e literal ou “De própria consciência” para uma tradução mais adequada ao contexto.

decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo. A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

O Brasil, diferentemente de alguns outros países ocidentais, decidiu por uma forma mista de colegialidade, denominada, pelo doutrinador italiano Vignocchi, colegialidade imprópria. Neste modelo, todos os votos são veiculados juntamente ao voto vencedor, trazendo grande peso e prestígio aos votos de todos os julgadores envolvidos na decisão, sem passar a sensação de uniformidade, característica marcante da colegialidade própria, em que só o voto vencedor é trazido a público.

Não é de se surpreender que seja este o modelo adotado para o Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista todo o aspecto de participação, transparência e de justificação dos atos, caráter marcante da Constituição Federal (BRASIL, 1988), também chamada de Constituição Cidadã, de forma que possui previsão no Código de Processo Civil atual, artigo 941, §3º (BRASIL, 2015)<sup>2</sup>. Esta ideia de colegialidade imprópria privilegia de forma inequívoca a pluralidade de ideias, o debate e a discussão social a respeito de possíveis divergências entre os entendimentos dos julgadores, sendo estes valores caros para uma democracia em formação.

A ideia de um grupo de julgadores para analisar uma possível reforma decisória é vista com bons olhos por garantir ao apelante, aquele que se insurge contra a decisão, uma análise mais minuciosa, com um julgamento feito por mais julgadores.

Isso, em teoria, cria uma decisão com um maior grau de credibilidade e de suporte argumentativo, tendo em vista que se espera que todos os magistrados se manifestem sobre o assunto, trazendo seus argumentos e interpretações favoráveis ou não, tanto ao aduzido pelo apelante, quanto à interpretação de seus colegas.

---

<sup>2</sup> Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Há também a interpretação de que a Colegialidade é ainda mais do que isto. Em voga hodiernamente pelo voto da Ministra Rosa Weber no Habeas Corpus 152.752 (STF, 2018), o entendimento de que a colegialidade também abarca um dever de preservar os entendimentos e jurisprudência pregressa da corte. Tal voto se dá em um entendimento de que a posição tomada pelo órgão anteriormente, em forma de Ação Direta de Inconstitucionalidade, deveria prevalecer até mesmo ao próprio entendimento da Ministra, que é publicamente contrária à prisão em segunda instância. Neste caso, o entendimento de Rosa Weber acaba por ser decisivo, pois com seu voto contrário ao que entende correto, a ministra acaba por forjar maioria, em uma votação que termina com 6 votos contra 5 vencidos, negando o Habeas Corpus ao ex-presidente. Este entendimento de colegialidade, apesar de manter uma certa coesão nos entendimentos da corte, também privilegia uma jurisprudência defensiva e de dificuldade de superação dos casos-paradigma.

Novamente, nas palavras da Ministra (STF, 2018):

A colegialidade, nesse enfoque, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências. Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.

Tal entendimento é possível e se coaduna com a recente incorporação dos institutos de não-contradição do Poder Judiciário, porém vai de encontro à colegialidade imprópria praticada no Brasil, de acordo com a qual é até possível fazer uma defesa no sentido de que o apelante tem direito ao voto divergente.

Uma decisão nesses moldes garantiria não só o oferecimento da prestação jurisdicional, mas também convenceria que a interpretação dada ao direito, na moldura daquele caso concreto específico, seja um modelo de decisão para todos os colegas do Poder Judiciário que venham a enfrentar casos similares.

É a partir desta ideia de decisão bem formulada sob a qual seria apenas um desperdício de tempo e de custas voltar a se questionar que se assenta a Teoria dos Precedentes, sobre a qual este trabalho ainda tratará, não de forma completa, por não ser o objeto do trabalho, mas sobre

seus aspectos que passam a valer no Brasil e sua gradual adoção, importando muito da tradição saxônica da Common Law<sup>3</sup>.

#### 4 A TEORIA DOS PRECEDENTES

A Teoria dos Precedentes, de vinculação clássica aos sistemas jurídicos de modelo anglo-saxônicos, é a técnica de uniformização de decisões judiciais, como forma de prevenir sentenças contraditórias dentro de um sistema jurídico. Tal técnica se desenvolveu nestes sistemas jurídicos pelo fato de o modelo anglo-saxônico não ser tão apegado à codificação de suas normas jurídicas, graças à sua tradição de ter como forte fonte do direito a jurisprudência, como trata Lima Júnior (2014):

O fato de a common law não representar, de início, um conjunto de normas de direito material, mas de rigorosas regras de processo, foi determinante para a imposição histórica da jurisprudência como a principal fonte do direito inglês. Era no seio dos Tribunais Reais que o direito era sucessivamente construído, ora pela aplicação de antigas fórmulas consuetudinárias, ora por um julgamento de equidade, o qual, posteriormente, com a atuação do chanceler, tornou-se gradativamente objetivo ante forte influência de princípios dos direitos romano e canônico.

Desta forma, credita à *ratio decidendi*<sup>4</sup>, a ideia jurídica que convence o julgador, um caráter de lei deste fato, sendo possível a qualquer outro cidadão, que entenda estar diante do mesmo fato juridicamente relevante anteriormente vencedor, pleitear que seu resultado seja similar ao de outro cidadão que tenha conseguido vencer seu pleito judicial.

Existem, por razoabilidade dos juristas de Common Law, instrumentos para tentar se defender de tais alegações, são os institutos de *Overruling* e *Distinguishing*, que podem ser traduzidos como “superação de regra” e “distinção”. São essas as duas formas tradicionais de tentar se esquivar de um precedente em um sistema jurídico que os valoriza sobremaneira.

O *Overruling* é a tentativa de alegar que a regra já foi superada, de forma que replicar o conteúdo daquela decisão precedente se trataria de equívoco jurídico, trazendo igual ou maior insegurança ao sistema jurídico do que não a aplicar.

---

<sup>3</sup>Common Law é o modelo jurídico adotado em países tradicionalmente de raízes anglo-saxônicas no qual são privilegiados o direito dos costumes e as decisões judiciais como principais fontes do Direito.

<sup>4</sup>Expressão em latim que significa “o fundamento ou a razão que levou a decidir”, em tradução livre.

Já para o *Distinguishing* há a tentativa de demonstrar que o caso em questão não possui as características essenciais semelhantes ao caso precedente, de forma que simplesmente repetir o resultado do caso precedente sem fazer novo juízo de valor seria uma injustiça.

A Teoria dos Precedentes está pautada em dois princípios principais para o doutrinador estadunidense Tushnet (2013), que seriam a eficiência e a humildade. O autor ressalta, em seus livros e palestras, o papel da eficiência e da humildade como preponderantes para o funcionamento da Teoria dos Precedentes, de forma que estes princípios também estão razoavelmente ligados com os dois tipos de Precedentes aos quais estão os julgadores submetidos, os precedentes horizontais e verticais.

O Precedente vertical é o caso em que se utiliza um julgamento precedente de um órgão superior hierarquicamente àquele que tem o dever uma nova demanda semelhante. Neste caso, como explica o autor, existe a necessidade de que o juiz seja humilde para aceitar a decisão de seus superiores, mas o valor principal é o de eficiência, pois, caso não tenha havido uma alteração na composição do órgão, a presunção é de que julgar diferentemente de seu superior hierárquico servirá somente como perda de tempo e de recursos (falta de eficiência), pois presumidamente terá sua decisão dissonante prontamente reformada (TUSHNET, 2013).

Já o Precedente horizontal se trata de uma decisão precedente que provém de um julgamento de mesma importância hierarquicamente. Desta forma, não haveria tão forte o sentimento de eficiência por não haver a certeza do resultado que vem de seus superiores, mas apenas o sentimento de humildade em reconhecer que seu colega tenha feito seu trabalho de maneira exemplar, de forma que sua sentença seria tão boa e tão acertada quanto a sentença proferida por ele. Neste caso, seria a confiança e humildade do julgador de reconhecer que seus colegas estão tão aptos a fazer um trabalho tão bom quanto ele mesmo faria, as quais norteiam a ideia do precedente horizontal. (TUSHNET, 2013).

É interessante a importância da argumentação neste sistema, pois, fica clara a dependência de uma argumentação devidamente fundamentada nos moldes da transcrição anterior de Ferreira (2015, p. 1001)<sup>5</sup>, uma decisão que busca convencer, tanto as partes quanto a seus colegas magistrados. É desta forma que se busca desenvolver o Direito Contemporâneo, buscando o melhor argumento e a conformação jurídica.

---

<sup>5</sup>Remete a citação direta feita a FERREIRA que aparece em página 9.

## 5 DO VOTO QUE SEGUE O RELATOR

A Jurisprudência Brasileira, conforme inicialmente mencionado no texto, desenvolveu em suas turmas de magistrados a praxe de concordar com os relatores sem grande ou qualquer objeção na maior parte dos casos, de forma apática, geralmente com a tão conhecida frase “Sigo o Relator”.

Importante destacar que, na realidade brasileira, os colegiados geralmente se encontram em situação de privilegiada hierarquia, sendo então estes os responsáveis pelo assentamento de jurisprudência hierarquicamente superior, aquela a qual se deve respeito quase que mandatório, como forma de garantir uma eficiência geralmente inexorável, pois dificilmente alguma das partes se contentará com decisão que contrarie seus interesses e o entendimento jurisprudencial assentado em órgãos superiores.

Desta forma, levando em consideração o papel hierárquico dos tribunais colegiados, bem como o dever de fundamentar para convencer de forma explícita, exemplar e devidamente balizada, demonstrando os elementos essenciais à interpretação, de forma a deixar evidente, ao menos por negativa, os casos em que o instituto do *distinguishing* se demonstra viável jurisprudencialmente, é necessário que se exija uma fundamentação condizente com esta importância.

Neste sentido, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou em 2009, expondo o conceito de fundamentação que lhes é incumbido constitucionalmente nos seguintes termos:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juíz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. **O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** (RE 435.256, rel. min. Marco Aurélio, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009 - grifo nosso).

Analisando o trecho do voto do relator, Min. Marco Aurélio, fica evidente o entendimento do próprio STF a respeito do dever de uma análise detida e cuidadosa, de forma

a analisar e enfrentar na decisão todos os argumentos das partes, sob pena de se subverter a ideia do juiz como perito na arte de avaliar e julgar para se tornar uma espécie de autocrata jurídico, um impositor de direito.

Neste caso em específico, RE 435.256/ RJ (STF, 2009), os ministros, apesar de se vincularem ao voto do relator, não se abstiveram de argumentar, ainda que alguns tenham formulado votos sucintos, simplesmente demonstrando concordar com as razões apresentadas pelo relator.

Na contramão do voto e do entendimento que o voto defende e de forma excepcional do art. 93, IX da Constituição (BRASIL, 1988), o STF se manifestou em um de seus acórdãos em favor da possibilidade de uma argumentação *per relationem*:

Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação *per relationem*, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes. (MS 25.936 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 13-6-2007, P, DJE de 18-9-2009; AI 814.640 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011 = HC 92.020, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 21-9-2010, 2ª T, DJE de 8-11-2010).

A argumentação *per relationem* mencionada acima significa que os outros juízes podem votar simplesmente acolhendo a argumentação de outras peças do processo para si, como quem faz remissão.

Devemos fazer uma importante diferenciação entre se aliar aos argumentos de um voto, se aliar ao voto discordando dos argumentos e se aliar aos votos sem argumentação qualquer. A ideia que se combate aqui é, tão somente, essa última.

Conforme percebemos ao estudar o instituto da colegialidade, a ideia de que os magistrados deverão aliar seus votos de forma a decidir a sentença, conforme trata a primeira hipótese, é absolutamente respeitável, sendo o ato de se aliar ao voto e aos argumentos uma economia processual, uma eficiência e um ato de humildade, além de não se tratar de voto sem motivação, mas tão somente de uma motivação vinculada.

A segunda hipótese é tão honrável quanto a primeira, tendo em vista que entende que o voto merece prosperar, mas, expressa, argumentando de maneira diferente, divergência e abre discussão.

Somente a terceira hipótese está em discussão: a hipótese em que um dos julgadores se alia ao voto de outro magistrado sem expressamente se alinhar com os fundamentos de seus pares, nem a nenhum outro. Tal situação demonstra-se flagrantemente inconstitucional porque ao deixar de se alinhar a qualquer fundamento e não criar fundamento próprio, infringe diretamente o princípio do livre convencimento motivado (convencimento motivado ou persuasão racional para alguns autores) e os mandamentos dos artigos 93, IX da Constituição Federal e 371 do Código de Processo Civil vigente, instrumentos, conforme defendido anteriormente neste trabalho, que garantem a procedimentalização das garantias do Estado Democrático de Direito, que é indiretamente atacado quando se permite que tais princípios e regras sejam sobrepostos por decisão imotivada.

## **CONCLUSÃO**

A participação da população nos atos da Administração Pública começou a ocorrer de forma mais abrangente a partir da retomada democrática no fim da década de 1980. A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) preocupou-se com a transparência e com a satisfação do interesse público, reestabelecendo o Estado Democrático de Direito no Brasil e trouxe diversos princípios limitadores da atuação do poder público, de forma a gerar garantias ao cidadão, tal qual a motivação e a publicidade dos atos estatais.

Com o conceito de Estado Democrático de Direito, ficam estabelecidos novos parâmetros sociais de funções e de atuação do Estado brasileiro. Com o advento deste renovado conceito no Brasil, passamos a ter entre os direitos e garantias individuais e coletivas em face do Estado com caráter de participação social das decisões do Estado. Participação completamente justificável, tendo em vista a própria previsão constitucional de que todo o poder emana do povo (BRASIL, 1988).

Neste mesmo contexto estão os princípios da motivação e da publicidade, que, além de modeladores do pensamento do Direito Constitucional e Administrativo, são concretizadores do ideal democrático brasileiro.

Tais princípios concretizam o ideal democrático quando disponibilizam de forma aberta e direta à população as informações sobre os atos e prestações públicas, viabilizando o controle destes pelo povo, verdadeiro possuidor do poder em uma democracia.

Ao pesquisar sobre estes princípios fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro é perceptível que a atuação dos membros do Poder Judiciário ao emitirem o voto que segue o relator imotivadamente vai de encontro a tais princípios, devendo ser, portanto, considerado inconstitucional.

Ao avaliar ainda mais especificamente a seara jurídica, o princípio do livre convencimento motivado, adotado no direito brasileiro e devidamente positivado tanto em texto constitucional quanto em lei federal, prevê uma necessidade de fundamentação absolutamente insuperável, de forma que não só a decisão judicial não fundamentada é inconstitucional, a não declaração de nulidade deste tipo de decisão também é uma afronta ao ditame constitucional.

Neste sentido temos manifestação do STF, órgão responsável por interpretar a Constituição Federal (BRASIL, 1988), reforçando a importância da fundamentação dos magistrados em suas decisões, afirmando ainda que o ato decisório sem fundamentação do magistrado nada mais é do que um exercício de força, ideia absolutamente incompatível e que se deve combater em um Estado que se entenda democrático de direito.

Com relação ao princípio da colegialidade, o conceito do voto que segue o relator imotivadamente inicialmente traz uma sensação de incerteza a respeito do tema.

É claro, como trata a Ministra Rosa Weber, que os ministros podem e devem trazer respostas institucionais e de certo grau de certeza e segurança jurídica aos cidadãos, correndo risco de se criar um pandemônio jurisprudencial que apesar de trazer melhores e diferentes argumentos para a discussão, acabariam por criar uma instabilidade sobre o direito, instabilidade com a qual parece difícil conviver, tendo em vista as incertezas que cercariam os fatos juridicamente relevantes.

Porém, não é com votos que seguem o relator imotivadamente que se cria um ambiente jurídico com maior segurança e certeza de seus resultados, muito pelo contrário. Conforme também tratou este estudo, o voto bem fundamentado (que muitas vezes vem para discordar de modo argumentativo do voto de seus colegas) ajuda a tornar explícita a razão de decidir de cada juiz e as balizas de distinção que cada magistrado acredita existir no caso.

A partir deste argumento, o voto que segue o relator sem fundamentação se mostra danoso à colegialidade imprópria (colegialidade que aprecia os votos divergentes e abre discussão aos juristas e à população sobre as vertentes e divergências possíveis juridicamente) por não se propor a debater e a externar seus entendimentos e sua *ratio decidendi* e também é danoso à colegialidade em sentido amplo, pois cria uma definição imprecisa sobre quais os

termos se dá a concordância entre os magistrados, prejudicando a clareza sobre o entendimento institucional dos órgãos jurisdicionais.

Avaliando sob a perspectiva da Teoria dos Precedentes, o voto que segue o relator imotivadamente prejudica a eficiência buscada. Ao deixar de motivar seu voto e deixar dúvidas a respeito de seu posicionamento, o magistrado conseqüentemente enfraquece o poder de vinculação do acórdão e, dependendo de como se dê a somatória dos votos, não nos permite compreender qual foi a razão de decidir que merece prosperar como precedente.

Este tipo de incerteza na Teoria dos Precedentes possibilita um aumento do número de demandas, aumento do número de pedidos de reforma de sentença e permite que aconteça exatamente o que essa Teoria se propõe a erradicar que é a possibilidade de decisões judiciais contraditórias em um mesmo sistema jurídico.

Desta forma, é manifesta a incompatibilidade deste tipo de decisão dentro de um sistema jurídico democrático, de forma que é contrário aos ditames da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), inadequado para a utilização da Teoria dos Precedentes, que busca melhorar o funcionamento do Poder Judiciário pátrio e prejudica a aplicação do Princípio da Colegialidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 08 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n.152752/PR. Relator: FACCHIN, Edson, Plenário**. Publicado no DJe-127 de 27-06-2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> acesso em 08 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 435.256, rel. min. Marco Aurélio**, j. 26-5-2009, 1ª Turma, DJE de 21-8-2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601233>> acesso em 08 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, **RHC 91691 SP**; Relator MENEZES DIREITO; Julgamento:19/02/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754301/recurso-em-habeas-corporis-rhc-91691-sp>>. Acesso em 08 de junho de 2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, em seu próprio sítio eletrônico. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>> Acesso em 09 de junho de 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. **INOVAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO: Uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do Pós-Positivismo Jurídico**. Juiz de Fora, Editora UFJF, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Lima, **Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico**. <Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29419/formacao-historica-e-caracteres-essenciais-do-sistema-juridico-anglo-saxonico/1>>

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. – 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUSHNET, Mark. **Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos**. Texto traduzido por Flávio Portinho Sirangelo. Revista de Processo, Volume 218/2013, p. 99 – 109, abril/2013 DTR/2013/2535.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DIDIER JÚNIOR, Fredie; DANTAS, Bruno; **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil/ Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], coordenadores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.