



LEONARDO SOUSA DE PAIVA OLIVEIRA¹

FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER²

RESUMO

O presente artigo analisa como o sistema de votação adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o método *seriatim*, que consiste no agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, impede, por vezes, a enunciação de uma *ratio decidendi*. **A partir do julgamento do Tema 793, procura-se demonstrar** que essa forma de construção do acórdão impacta na integridade preconizada no art. 926 do CPC/2015. Preconiza-se, assim, a adoção do modelo da Suprema Corte Americana, com a instituição da figura jurídica da *majority opinio* nos julgamentos, que, sem abdicar da riqueza argumentativa dos votos dissidentes, contém o entendimento institucional acerca dos fundamentos e do dispositivo da decisão.

Palavras-chave: Direito Processual Civil - CPC/2015 - Precedentes obrigatórios – Ratio decidendi - Modelo seriatim – Alteração – Majority opinio.

ABSTRACT

This article analyzes how the voting system adopted by the Supreme Court, the serial method, which consists of the aggregate of the individual positions of each member of the collegiate, sometimes prevents the enunciation of a *ratio decidendi*. From the judgment of Theme 793, it

¹Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba. Especialista em Gestão Jurisdicional de Meios e Fins. Mestrando em Direito Profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM.

²Juiz Federal do TRF da 5ª Região. Professor da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Direito pela UFPE. Membro e Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro e Diretor da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNPE. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO. Presidente do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Professor do Mestrado Profissional da ENFAM.

is sought to demonstrate that this form of construction of the judgment impacts on the integrity recommended in art. 926 of the CPC/2015. Thus, it is recommended the adoption of the model of the American Supreme Court, with the establishment of the legal figure of majority opinion in the judgments, which, without giving up the argumentative wealth of dissenting votes, contains the institutional understanding about the foundations and the device of the decision.

Keywords: Civil Procedural Law - CPC/2015 - Mandatory precedents - Ratio decidendi - Seriatim model - Amendment - Majority opinion.

1 INTRODUÇÃO

Pela tradição constitucional brasileira, as deliberações da Suprema Corte são abertas ao público e, num paroxismo que encontra poucos similares no mundo³, com televisionamento para todo o território nacional.

Esta forma de julgamento, que se distancia dos modelos europeu e americano, **impõe** a adoção do método *seriatim* de coleta dos votos⁴. Este modelo de deliberação, que dialoga com o respeito às posições individuais de cada membro da corte e com os dissensos próprios de um colegiado, dificulta, por outro lado, a extração das razões fundamentais da tese vencedora, muitas vezes formada a partir de recortes de cada voto vencedor.

³“A publicidade das deliberações encontra hoje sua maior expressão em países da América Latina, especificamente no Brasil e no México. A partir de 2001, as sessões deliberativas passaram a ser transmitidas pela televisão e pelo rádio e, posteriormente, através da internet. No México, a publicidade das deliberações também está na tradição dos julgamentos dos órgãos do poder judicial e é praticada há longos anos nas sessões da Suprema Corte de Justicia de la Nación. Inspirando-se na experiência da TV Justiça do Brasil, a Suprema Corte mexicana igualmente criou um canal de televisão específico (Canal Judicial) para transmitir, ao vivo e em rede nacional, as sessões de julgamento” (DO VALE, André Rufino. Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação dos tribunais constitucionais. Tese (Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 107-108).

⁴Nos tribunais de segundo grau, nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal, vige o modelo procedimental de deliberação *seriatim* e não o modelo *per curiam* (do latim “pela corte”; opinião ou parecer pela corte). O modelo de decisão *per curiam* apresenta o resultado da deliberação como “opinião do tribunal” em texto (voto) único. No modelo de decisão *seriatim*, há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série”, um após o outro. Nas instâncias judiciais colegiadas, o resultado final de uma deliberação jurisdicional é o resultado da contabilização dos votos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se todos os onze juízes participam, podemos ter os seguintes escores: 6 X 5, 7 X 4, 8 X 3, 9 X 2, 10 X 1 ou 11 X 0. A decisão, por maioria ou unanimidade, é do tribunal, mas os fundamentos da decisão são eleitos e expostos nos votos individuais. (STEINMETZ, Wilson; DE FREITAS, Riva Sobrado. MODELO SERIATIM DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E CONTROLABILIDADE DA PONDERAÇÃO: UMA QUESTÃO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICA PARA O CASO BRASILEIRO. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, Jan./jun. 2014, p. 233).

No julgamento dos casos de maior complexidade social e/ou econômica, com potencial vinculante para a administração pública em geral, não é raro que as instâncias inferiores do judiciário brasileiro, mesmo após a publicação dos votos pelos Ministros do STF, continuem a discutir sobre as mesmas razões que levaram ao **afetamento** da questão, exatamente porque, apesar da rica argumentação produzida, não é dado encontrar uma linha comum que dialogue com as manifestações vencedoras.

O tema 793, que tratou da competência dos entes federados no fornecimento de medicação e/ou tratamento aos usuários do SUS, encerra um exemplo prático. Sem um componente concordante e uma manifestação direta da corte sobre a questão trágica, qual seja, da solidariedade dos entes federados, o dissenso continua a ser reproduzido nos tribunais regionais e de justiça, com severo impacto na prestação da justiça em uma área de acentuado relevo social.

O presente artigo trabalha, pois, com necessidade de uma alteração no modelo de julgamento do STF, notadamente nos casos que envolvam a formação de um precedente vinculante, para que o acórdão resultante, a par de registrar a completude argumentativa dos votos dos ministros, condense **as teses vencedoras** que servirão de balizamento para os julgamentos da causa nas instâncias inferiores.

2 O ART. 926 DO CPC E SEU IMPACTO SOBRE A RATIO DECIDENDI

A questão que se coloca é como o STF, sem alterações abruptas em sua forma de julgamento, pode se adaptar a essa demanda por julgados que caminhem na direção da estabilidade, integridade e coerência preconizadas no art. 926 do CPC.

Os Tribunais Superiores, na fixação dos precedentes obrigatórios, devem se preocupar com o sentido e a unidade do Direito, para orientar a sociedade e para a promoção da igualdade (MARINONI, 2013, p. 115). Os precedentes não estão voltados a declarar a vontade da lei ou da Constituição, pois se assim **fossem** seriam meramente retrospectivos. Sua função é orientar os jurisdicionados, regular a vida social e servir de critérios para as decisões judiciais futuras. Logo, os Tribunais Superiores não se destinam apenas a estabelecer a correta

interpretação da lei ou da Constituição, mas definir a norma que se deve extrair da legislação e, com isso, colaborar para o desenvolvimento do Direito em uma tarefa coordenada entre Judiciário e Legislativo, acrescentando conteúdo à ordem jurídica e agregando substância ao texto constitucional ou infraconstitucional (CAMBI; FOGAÇA; DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 351).

Para Nunes e Horta (CUNHA et al., 2015, p. 874), decidir à luz da integridade e coerência representa muito mais do que garantir a estabilidade. Jurisprudência meramente estável é uma jurisprudência que se basta e, embora se decida de acordo com o que já se decidiu, não há preocupação em se decidir conforme a Constituição, seus princípios, a legalidade ou mesmo em harmonia com o que os outros juízes e tribunais vêm decidindo. É possível decidir reiteradamente em um sentido equivocados, injusto, que viole o direito, e, ainda assim, afirmar que se está dando cumprimento à ideia de estabilidade, pois o referencial é tão somente o sujeito (solipsista), e não a comunidade (de princípios). E, especificamente com relação à integridade, Didier Jr (DIDIER JR, 2017, p. 478) afirma que, não raro, o tribunal interpreta o Direito de modo coerente (do ponto de vista lógico), mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa.

Para atingir a prescrição mandamental do art. 926, torna-se necessário que o Tribunal torne plena de sentido a *ratio decidendi*. Embora não tenha o CPC/2015 buscado delimitar com precisão sua noção, a partir do art. 489, § 1º, V⁵, pode-se inferi-la como sendo o(s) fundamento(s) determinante(s) da decisão, relacionado(s) aos fatos relevantes do caso.

Segundo Didier (JUNIOR, 2008, p. 43), a eficácia do precedente, porém, recai sobre a *ratio decidendi*, que se encontra na fundamentação da decisão; ela é norma jurídica geral construída pelo órgão jurisdicional e da qual se extrai a norma individual objeto do dispositivo; exatamente por ser geral, pode ser aplicada em outras situações semelhantes; por isso, a eficácia do precedente é sempre *erga omnes*.

Ratio decidendi, portanto, são os motivos determinantes da decisão, passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado, a ser construído à luz dos fatos da

⁵Art. 489. São elementos essenciais da sentença:(...)§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

causa de onde se originou e que destes não se abstrai. É destinada a ser a porção transcendente e vinculante de uma decisão.

Daí já se extrai o que a *ratio* não é: ela não expressa o que o tribunal ao final decidiu, mas sim e especialmente por que o tribunal assim decidiu.

A *ratio decidendi* em um julgamento, assim, traduz-se pelos princípios jurídicos, morais, políticos, sociais nos quais o órgão julgador baseou sua decisão. Trata-se de princípios enunciados a partir do exame de fatos concretos e do conflito que estava sob apreciação do órgão que criou o precedente.

A ideia, nos sistemas que adotam o julgamento com base em precedentes, é de que esse princípio possa ser abstraído da decisão em que foi enunciado ou construído, para ser utilizado em outros casos, em que o mesmo contexto de fato se apresente à decisão (FERRAZ, 2018, p. 91).

O novo CPC (LGL\2015\1656) convolou os precedentes judiciais em fontes primárias do direito. E assim sendo, a discussão sobre *ratio decidendi* torna-se uma das mais relevantes, pois não é possível o funcionamento desse sistema sem a identificação de qual elemento possui autoridade no precedente judicial.

2 PRECEDENTES SEM RATIO DECIDENDI

Não resta dúvida que a eficácia vinculante dos precedentes reside em seus fundamentos determinantes. E como os precedentes são oriundos de órgãos colegiados, deve-se considerar que o fundamento determinante de um precedente é aquele que tenha sido acolhido, expressa ou implicitamente, pelo menos na maioria dos votos formadores do acórdão (CAMARA, 2018, p. 274).

A *ratio decidendi* equivale ao porquê o tribunal assim decidiu. Assim, necessária a leitura de toda a decisão candidata a precedente, das principais peças do processo que o originou. É preciso identificar qual a principal questão que estava sendo solucionada pela corte do precedente e, para tanto, será necessário conhecer o conflito, saber quais as questões

de fato e de direito que foram debatidas naquele caso, até que a Corte chegasse a uma decisão (FERRAZ, 2018, p. 97).

No sistema de precedentes brasileiro há um esforço adicional. As decisões são construídas a partir de fundamentos de fato e de direito advindos das mais variadas origens, como audiências públicas, recursos repetitivos, atuação dos *amici curiae*, etc., de forma que seus fundamentos determinantes não necessariamente serão encontrados a partir de questões de fato e de direito suscitados no recurso inicialmente eleito para ser um futuro *leading case*.

A busca da *ratio decidendi*, em tais condições, deverá ser empreendida a partir de todos os elementos efetivamente considerados e nem sempre estará necessariamente contida no voto do relator. Como afirma Taís Schilling Ferraz (2018, p. 98), é possível que tenha que ser extraído da leitura de diversos votos dos magistrados que participaram daquela decisão. É que com muita frequência, em um julgamento colegiado no Brasil, chega-se a uma mesma conclusão, porém por fundamentos absolutamente diferentes. É comum ouvir dos julgadores a frase “acompanho o relator por outros fundamentos”.

Este dissenso quanto à razão de decidir torna mais difícil, em um sistema de precedentes, a identificação da verdadeira *ratio* do julgamento.

Conforme Lucas Buril de Macedo (MACEDO, 2014), é possível que, após prolatada a decisão, seja extremamente difícil ou impossível identificar qual a *ratio decidendi* utilizada, inviabilizando a reconstrução da norma do precedente. Com isso, a eficácia obrigatória do precedente judicial resta prejudicada: a norma que ele implica é obscura e, por isso, impossível de ser compreendida e aplicada. Em julgamentos colegiados, a decisão pode se dar em determinado sentido, por maioria ou unanimidade, mas sem um fundamento predominante. É dizer, embora os juízes alcancem o mesmo resultado, as razões determinantes para isso são diferentes, o que acaba por eliminar a possibilidade de construção de uma norma a partir deste tipo de decisão.

3 O STF E SUA FORMA DE DELIBERAÇÃO

Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 210), ao tratar sobre os modos de deliberação das cortes supremas, defende a intersecção da interna, que envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção, e a externa, que consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo.

No caso dos tribunais, então, a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juízes, ou seja, no interior do próprio tribunal; a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele.

Assim, de um lado, é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale “como instituição”, de forma “clara”, “objetiva”, “institucional” e, sempre que possível, “única”. Esse é o papel da deliberação interna. Já o papel da deliberação externa — que seria sobretudo o de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país — que também é de extrema importância, pode ser exercido de outra forma.

Para Silva (2009, p. 217), o tribunal precisa evitar, no contexto da deliberação externa, uma fragmentação da deliberação e uma desagregação argumentativa. Ocorre que o STF tem características de um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido a: a) quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; b) inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; c) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; c) muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.

Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 276), com um olhar panorâmico sobre os tribunais, defende que os órgãos colegiados formem suas decisões de forma dialogal, isto é,

promovendo um verdadeiro diálogo entre seus integrantes (o que justificaria o emprego do vocábulo “acórdão” para designar seu pronunciamento). Para ele, não se pode mais admitir que se insista na velha técnica, incompatível com um sistema voltado à formação de precedentes (vinculantes ou persuasivos) que, após o voto do relator, cada um dos outros integrantes do colegiado passe a proferir seu voto indicado seus próprios fundamentos, muitas vezes completamente distintos dos empregados pelos que se manifestaram anteriormente, limitando-se o presidente da sessão a verificar se as conclusões coincidem.

Há, portanto, a necessidade de uma colegialidade qualificada. Não se basta mais o atual procedimento de julgamento dos recursos pelos tribunais, nos quais, cada magistrado, de modo unipessoal, com **suas assessorias**, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, **proferem** seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares (JUNIOR et al., 2015, p. 732). Para Luiz Guilherme Marinoni (2013, P. 142), mais cedo ou mais tarde, a metodologia de deliberação e a fundamentação das decisões das Cortes Supremas terá que passar a obedecer a um outro padrão, não havendo qualquer racionalidade em decidir antes de deliberar nem, muito menos, em justificar por escrito antes de decidir.

As idiossincrasias desse modelo atual foram bem expostas pelo Ministro aposentado do STF, Cezar Peluso, que, ao julgar a Medida Cautelar na Reclamação 9.428, identificou que não se extraem do acórdão da ADPF n° **130** motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões pessoais isoladas, para, convertendo-se em *rationes decidendi* determinantes atribuíveis ao pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação.

Na análise da citada ADPF, constatou que se não descobre, à leitura atenta de todos os votos componentes daquele acórdão, assim no *iudicium*, como nas *rationes decidendi*, nenhuma pronúncia coletiva de vedação absoluta à tutela jurisdicional de direitos da personalidade segundo as circunstâncias de casos concretos. Isto porque, diferentemente do que sucede em sistemas constitucionais estrangeiros, não há, de regra, tácita e necessária concordância entre os argumentos adotados pelos Ministros, que, em essência, quando acordes, assentimos aos termos do capítulo decisório ou parte dispositiva da sentença, já nem

sempre sobre os fundamentos que lhe subjazem. Não raro, e é coisa notória, colhem-se, ainda em casos de unanimidade quanto à decisão em si, públicas e irreduzíveis divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira *opinion of the Court*.

4 O METODO DE DELIBERAÇÃO SERIATIM E SUA REPERCUSSÃO NA PRÁTICA DELIBERATIVA DO STF

O método de votação *seriatim*⁶, que consiste no agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, não exige que os votos dos juízes dialoguem entre si na delimitação das questões controvertidas ou dos fundamentos utilizados, o que impede, por vezes, a enunciação de uma *ratio decidendi*.

A Suprema Corte Americana, que muito influenciou o desenho institucional do STF, anunciava suas decisões através das *seriatim opinions* de seus membros, prática que foi alterada pelo Chief Justice John Marshall⁷. A partir de então, os julgamentos passaram a ser

⁶“... o modelo de decisão *seriatim* se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série” em um texto composto – aí está o significado do termo em latim *seriatim*. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte (unívoca e impessoal), mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de realizar, seja através de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do “mínimo comum” entre os distintos argumentos individuais. (DO VALE, André Rufino, *Argumentação Constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília – Alicante, 2015. p. 115.

⁷Além dos modelos de decisão praticados na Alemanha e na Espanha, um modelo tipicamente híbrido pode ser encontrado na prática deliberativa da Suprema Corte dos Estados Unidos da América¹⁹². Em seus primeiros anos de funcionamento (precisamente entre os anos de 1793 e 1800), seguindo o costume judicial inglês advindo da prática do King’s Bench (o próximo tópico abordará melhor a tradição inglesa de decisão), a Corte anunciava suas decisões através das *seriatim opinions* de seus membros¹⁹³. Cada Justice pronunciava seu voto individualmente e o conjunto de todas as opiniões expostas “em série” era assim apresentado ao público. Quando John Marshall se tornou Chief Justice, a Corte passou a adotar a prática de anunciar seus julgamentos em uma *single opinion*, que dessa forma passava a representar a opinião expressada pela maioria de seus membros¹⁹⁴. A ideia de apresentar as decisões como sendo a expressão da “opinião da Corte” (*opinion of the Court*) parece não ter sido originada de Marshall, pois mesmo antes de sua chegada à Corte já se identificavam decisões com esse formato mais próximo de um modelo *per curiam*¹⁹⁵, mas não há dúvida de que foi ele quem a desenvolveu e consolidou como modelo oficial de pronunciamento das decisões da Corte. A partir de 1801¹⁹⁶, sob o comando de Marshall, os Justices deixaram paulatinamente o costume de proclamar individualmente seus votos e passaram a estar mais comprometidos com a representação da unidade institucional da Corte, através da

proclamados em uma *single opinion*, que dessa forma passava a representar a opinião expressada pela maioria de seus membros, dotada de uma estrutura argumentativa e validamente considerada como a opinião do tribunal.

O modo de deliberação do STF, por sua vez, não acompanhou a alteração da sua congênere americana e se **mantém** fiel aos primórdios de seu funcionamento. O acórdão emitido pela Suprema Corte Brasileira nada mais é do que o compilado de votos individuais escritos⁸. **O acórdão, então, é uma sucessão de monólogos.** Este sistema, por razões óbvias, dificulta a identificação dos fundamentos determinantes de um pronunciamento judicial, que deverão ser extraídos através da comparação individual de cada um dos votos proferidos.

Por essa razão, o modelo *seriatim* de publicação das decisões **pode assim se transformar em um obstáculo** ao pleno desenvolvimento de uma cultura de precedentes do Supremo Tribunal. A tendência mais comum é que, ante a dificuldade de formação e de delimitação de uma única *ratio decidendi*, os diversos fundamentos contidos nos votos individuais de cada magistrado passem a servir como referências distintas e difusas para as futuras decisões e, inclusive, para as críticas e estudos acadêmicos especializados sobre os trabalhos da Corte (DO VALE, 2015, P. 298).

Essa desagregação argumentativa irradia seus efeitos de maneira direta, atingindo a criação e a consequente manutenção dos precedentes judiciais. A prática de julgamento que privilegia o voto proferido individualmente, em detrimento de uma posição institucional, a fragmentação das decisões, com a consequente multiplicidade das razões de decidir, **conduzem** à necessidade de se repensar, a partir de casos práticos, o processo decisório no âmbito do STF.

construção colegiada de uma única decisão, a opinion of the Court, dotada de uma única ratio decidendi. A redação seria então incumbida ao Chief Justice, que no caso era Marshall, mas o texto deveria expressar, ao invés de sua posição pessoal, a opinião do colegiado de juízes, em uma única voz (speak in one voice) (DO VALE, André Rufino, Argumentação Constitucional – Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese (doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília – Alicante, 2015. p. 115).

⁸“... a prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos casos complexos, é a seriatim, resultando num acórdão formado pelo apanhado dos votos do ministro relator e dos demais ministros, os quais se sentem compelidos, seja pela tradição, seja pela transmissão televisiva das sessões de julgamento, a apresentar sua própria “decisão” ao caso, desconsiderando os votos dos demais ministros. Resulta-se disto, mesmo que os votos tenham o mesmo dispositivo, num acórdão sem uma identidade deliberativa da Corte, o que impede a criação de precedente desta decisão, pois não há ratio decidendi como resultado de deliberação colegiada”. (PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 2, mai./ago. 2017).

5 TEMA 793, A CONSEQUÊNCIA DO MODELO SERIATIM E A NECESSIDADE DE SE REPENSAR O MODELO DECISÓRIO DO STF

O RE nº 855.178, que culminou com o Tema 793, versou sobre competências administrativas dos entes federados para o fornecimento de tecnologias, e era aguardado com expectativa pela comunidade jurídica e pelos próprios entes executivos.

A jurisprudência brasileira sedimentara há mais de uma década que a União, os Estados e os municípios eram solidariamente responsáveis pelas prestações em saúde (art. 198, da CF e art. 15, da lei nº 8.080/90), certo que o prosseguimento da demanda, com a condenação equivocada do ente público para prestação do medicamento, terapia ou tecnologia, traz severas consequências ao SUS e a toda coletividade, com a desorganização do sistema.

O Supremo Tribunal Federal, então, na sessão de 23 de maio de 2019, ao julgar os embargos de declaração opostos pela União contra decisão do Plenário Virtual no RE nº 855178/SE (Tema 793), com relatoria para o acórdão do Ministro Edson Fachin, fixou, por maioria, a seguinte tese de repercussão geral:

“Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”

O julgamento, no caso, reafirmou a existência da solidariedade entre os entes públicos em matéria de saúde, mas inovou ao estabelecer que compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

O voto vencedor, do Ministro Fachin, no desenvolvimento da tese, **disse** “*Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento*”. Mais à frente, assenta que “*Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, da Lei nº 8.080/90), de modo que recai sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação*”. (grifei).

Ficou claro no voto vencedor, portanto, que processos que pleiteiem medicamentos não padronizados devem ter a União no polo passivo.

Entretanto, da leitura da discussão que houve no plenário, as coisas deixaram de ser tão claras, pelo menos no que se refere aos processos de medicamentos não padronizados. O Ministro Lewandowski reafirmou a tese da solidariedade inicial. O Ministro Barroso defendeu que a tese deveria se referir somente a medicamentos não padronizados. Já o Ministro Alexandre de Moraes falou que somente a União deveria ser legitimada passiva para processos de tecnologias não incorporadas (MOROZOWSKI).

Conforme passou a ser defendido em sede judicial, “*malgrado conste do respectivo voto condutor - proferido pelo Ministro Edson Fachin, diga-se de passagem, em sede de embargos de declaração - a necessidade de a União figurar no polo passivo da demanda sempre que houver pretensão de tratamento, medicamento, material ou procedimento não padronizado na esfera do SUS, os demais Ministros que compuseram a maioria deixaram de abordar expressamente tal ponto, que sequer foi incluído na tese, tampouco na ementa do acórdão*”.

Num contexto em que o debate central da causa cingiu-se às questões de solidariedade e subsidiariedade, não sobreveio entendimento majoritário e inequívoco da

*Suprema Corte a respeito de eventual obrigação da União de compor a relação jurídica processual, salvo nas ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA*⁹.

Esta constatação deu concretude à crítica formulada por DO VALE¹⁰, para quem o modelo *seriatim* de publicação das decisões pode assim se transformar em um obstáculo ao pleno desenvolvimento de uma cultura de precedentes do Supremo Tribunal. A tendência mais comum é que, ante a dificuldade de formação e de delimitação de uma única *ratio decidendi*, os diversos fundamentos contidos nos votos individuais de cada magistrado passem a servir como referências distintas e difusas para as futuras decisões e, inclusive, para as críticas e estudos acadêmicos especializados sobre os trabalhos da Corte.

O objetivo do presente artigo, por sua vez, não é teorizar sobre a questão ou analisar as minudências jurídicas dos votos apresentados. Mas sim que o método de deliberação *seriatim*, com o agregado de votos, não conduziu a um resultado que delineasse, em cores vivas e definidas, se a presença da União no feito é ou não obrigatória em se tratando de tecnologias que não estejam disponíveis no SUS¹¹.

Para FERRAZ (2018, p. 98), uma solução possível, que tornaria mais simples a identificação da *ratio decidendi* e que não demandaria mais que uma alteração regimental ou mesmo mudança nos procedimentos das cortes de precedentes, seria a instituição da figura jurídica da *majority opinio* nos julgamentos, a exemplo do modelo adotado na Suprema Corte dos Estados Unidos.

O Relator ficaria com a missão de registrar, ao lavrar o voto condutor do acórdão, não apenas a sua posição, que, quanto ao dispositivo prevaleceu, mas as razões consideradas como fundamentos determinantes do julgado para a maioria da Corte, sem prejuízo de que o relator agregue seus próprios fundamentos excedentes ou diferentes, na condição de *obiter dicta*. Da mesma forma, os demais julgadores não ficariam impedidos, sempre que desejassem, de formular seus votos em separado, mas seria muito mais seguro, para a comunidade jurídica,

⁹TRF 4 - AG - AGRADO DE INSTRUMENTO Processo: 5058582-55.2020.4.04.0000, Data da Decisão: 14/01/2021. Relator CELSO **KIPPE**

¹⁰ DO VALE, André Rufino. **Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes.. Conjur.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹¹PGE/SC pede que Justiça padronize decisões sobre saúde conforme entendimento do STF – PGE – Procuradoria Geral do Estado

ao interpretar aquele precedente, saber que os fundamentos determinantes para a maioria do colegiado que construiu o precedente, estarão especialmente concentrados no voto daquele que foi designado relator para o acórdão. E, mais que isso, que houve um (ou mais) fundamento determinante acolhido pela maioria, ao decidir.

Embora atribuir tal missão aos relatores venha a onerar ainda mais seu trabalho na Corte, exigindo-se uma espécie de construção negociada de consenso quanto às razões da maioria, deve-se ter presente que em uma verdadeira corte de precedentes, os magistrados deverão ter a possibilidade de dedicar-se de forma mais profunda a cada decisão, ainda que para isso tenham que abrir mão de outras competências que tradicionalmente abraçaram.

Esta também a solução apontada por PANUTTO (2017, p. 219). A decisão resultante da *majoritarian practice*, adotada pela Suprema Corte norte-americana, segue inicialmente o rito da decisão *seriatim*, com a colheita dos votos individuais dos julgadores. Atendida a maioria, a Corte segue na deliberação para definição da *ratio decidendi* contendo o entendimento institucional acerca dos fundamentos e do dispositivo da decisão.

Este modelo aparenta ser adequado ao Supremo Tribunal Federal e aos demais tribunais de nosso país, pois preserva de certa maneira a tradição de apresentação dos votos individuais em série, mas busca, ao final, o entendimento institucional sobre a matéria de direito decidida. Ademais, contempla também nossa tradição de respeitar os votos vencidos, agregando-os em separado à decisão que contém a opinião da Corte sobre o tema.

6 CONCLUSÃO

No Supremo Tribunal Federal, a manutenção do modelo *seriatim* ou de texto composto, com acirramento da complexa tarefa de se extrair a *ratio decidendi*, tende a ser um obstáculo na construção de uma cultura de precedentes **do Tribunal**.

Avulta necessário, então, a adoção de um procedimento que torne mais simples a identificação da *ratio decidendi*, com a instituição da figura jurídica da *majority opinio* nos julgamentos, a exemplo do modelo adotado na Suprema Corte dos Estados Unidos.

Sem alterar a fórmula atual de colheita dos votos individuais dos julgadores, a Corte seguiria na deliberação para definição da *ratio decidendi* contendo o entendimento institucional acerca dos fundamentos e do dispositivo da decisão.

Este modelo preserva a tradição de apresentação dos votos individuais em série, mas busca, ao final, o entendimento institucional sobre a matéria de direito decidida.

E, para fomentar esse aumento no grau de deliberação e de diálogo interno no Supremo Tribunal Federal, não são necessárias reformas constitucionais, bastando algumas reformulações no seu regimento interno. Essas simples reformulações regimentais teriam, talvez, o potencial de produzir transformações mais profundas e benéficas do que grandes pacotes constitucionais ou legislativos (DA SILVA, 2009, p. 220).

REFERÊNCIAS

- CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando Os Padrões Decisórios A Sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, f. 216, 2018. 432 p.
- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil: Precedentes**. Salvador: juspodivm, 2015.
- CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA et al. **GRANDES TEMAS DO NOVO CPC, V.3 - PRECEDENTES: APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E DISTINGUISHING NO CPC/2015: Uma breve introdução**. Salvador: Juspodivm, f. 392, 2015. 784 p.
- DA SILVA, Virgilio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo - FGV**, jan. 2009.
- DIDIER JR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. n. 64, abril./jun. 2017.
- DO VALE, André Rufino. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação dos tribunais constitucionais**. Tese (Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- DO VALE, André Rufino. **Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes.. Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica: A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4a Região**, Porto Alegre, n. 10, Out. 2018.
- JUNIOR, FREDIE DIDIER et al. **COLEÇÃO NOVO CPC - DOUTRINA SELECIONADA: Precedentes no CPC2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil**. . Salvador: Juspodivm, f. 776, 2015. 1552 p.

JUNIOR, Fredie Didier Junior DIDIER. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, f. 392, 2008. 784 p.

MACEDO, Lucas Buriel de. CONTRIBUTO PARA A DEFINIÇÃO DE RATIO DECIDENDI NA TEORIA BRASILEIRA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS. **Revista de Processo**, v. 234, Ago. 2014.

MACEDO, Lucas Buriel; JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.); DA CUNHA, Leonardo Carneiro (Coord.). **PRECEDENTES: GRANDES TEMAS DO NOVO CPC** -. Salvador: Juspodivm, f. 390, 2016. 780 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A função das Cortes Supremas e o novo CPC**. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>. Acesso em: 24 jan. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. 3. ed. São Paulo: RT, f. 142, 2013.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila? . Direito em Comprimidos**. Disponível em: www.direitoemcomprimidos.com.br.. Acesso em: 18 jan. 2021.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, Vitoria, v. 18, n. 2, mai./ago. 2017.

STEINMETZ, Wilson; DE FREITAS, Riva Sobrado. MODELO SERIATIM DE DELIBERAÇÃO JUDICIAL E CONTROLABILIDADE DA PONDERAÇÃO: UMA QUESTÃO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICA PARA O CASO BRASILEIRO. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, Jan./jun. 2014.