

A ORDEM DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS NO CPC-2015 E O SISTEMA DE PRECEDENTES: VOTO VENCIDO, REDAÇÃO DE ACÓRDÃO E COLHEITA DE VOTOS.¹

Fredie Didier Jr.²

RESUMO: O autor traz em seu texto a importância que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 trouxe em relação a um sistema obrigatório de precedentes. Ele indica a necessidade de releitura de alguns enunciados normativos que estavam de acordo com o código anterior e tece considerações sobre a função do voto vencido, a competência funcional para a redação do acórdão e o procedimento da colheita de votos em tribunal.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil. Sistema de precedentes. Voto vencido. Decisões plurais. Acórdão. Colheita de votos.

ABSTRACT: The author brings in his text the importance that the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 brought in relation to a mandatory system of precedents. It indicates the need to re-read some normative statements that were in agreement with the previous code and it makes considerations about the function of the defeated vote, the functional competence for the writing of the judgment and the procedure of the collection of votes in court.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure. System of precedents. Defeated vote. Plural decisions. Judgment. Collection of votes.

1. Introdução.

Como se sabe, o CPC-2015 pressupõe e organiza um sistema de precedentes obrigatórios no Direito brasileiro.

Esse sistema impõe a releitura de alguns enunciados normativos sobre a ordem do processo nos tribunais, que, embora sejam remanescentes do CPC-1973, precisam ser ressignificados em um contexto normativo tão diverso.

Esse pequeno ensaio tem por objetivo abordar três pontos: a função do voto vencido, a competência funcional para a redação do acórdão e o procedimento de colheita de votos em tribunal.

¹Em homenagem a Luiz Fux.

²Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Advogado e consultor jurídico.

2. Conceito de acórdão no CPC-2015.

Os julgamentos, nos tribunais, devem, em princípio, ser realizados de forma colegiada. Os órgãos julgadores são, essencialmente, colegiados. Na sessão de julgamento, cada membro profere seu voto. O voto consiste na manifestação dada pelo julgador do órgão colegiado.

O acórdão é o julgamento proferido pelos tribunais (art. 204, CPC). Formalmente, o *julgamento* difere do *acórdão*. O *julgamento* antecede o *acórdão*. Colhidos os votos dos integrantes do órgão julgador, haverá o *julgamento*, que será, posteriormente, reduzido a escrito, recebendo, então, a denominação de *acórdão*³. Em outras palavras, *acórdão* é a materialização do *julgamento*, consistindo na redução a escrito da solução dada pelos integrantes do colegiado⁴.

Com conteúdo de sentença ou com conteúdo de decisão interlocutória, não importa, o acórdão deve, sempre, observar o disposto no art. 489 do CPC. Vale dizer que o acórdão deve conter relatório, fundamentação e dispositivo. O relatório, nos acórdãos, exerce importantíssimo papel de identificação do caso, com a delimitação das questões fáticas que lhe dizem respeito. Essa identificação é fundamental em um sistema de precedentes, para que possa ser compreendido o contexto fático em que determinado entendimento foi firmado⁵.

Mas o legislador brasileiro criou uma *ficção legal*: o voto vencido deve ser expressamente declarado e compõe o acórdão para todos os fins legais, incluindo o pré-questionamento (art. 941, §3º, CPC). Pode haver mais de um voto vencido; havendo, todos devem ser juntados e passam a fazer parte do acórdão. Em razão dessa mudança legislativa, deve ser cancelado o enunciado 320 da súmula do STJ: “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Assim, o *acórdão*, para o CPC-2015, compõe-se da *totalidade* dos votos, vencedores e vencidos. Se o voto vencido não for juntado, será caso de nulidade do acórdão⁶, por vício da fundamentação. Essa é uma mudança importante e que não pode ser desconsiderada.

3. O voto vencido e a sua função em um sistema de precedentes vinculantes.

³ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 2, n. 39-40, p. 67-68.

⁴DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 263.

⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 103.

⁶FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Da ordem do processo nos tribunais”. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.101.

O *voto vencido* cumpre importante função em um sistema de precedentes obrigatórios, como o do CPC-2015.

É possível identificar duas espécies de *voto vencido*.

Uma primeira espécie de *voto vencido* é a do simples voto contrário, “sem qualquer preocupação em evidenciar que a *ratio decidendi* ou os fundamentos majoritário e concorrente estão equivocados ou não podem prevalecer”⁷. Esse voto acaba não tendo muita relevância, pois é uma simples manifestação de que o julgador não está de acordo com o resultado da decisão.

Uma segunda espécie de *voto vencido* é o que dialoga com o posicionamento majoritário, para demonstrar o equívoco da *ratio decidendi* vencedora. Esse tipo de voto vencido, que é o relevante em um sistema de precedentes, “tem a importância de conferir à ‘falta de unanimidade’ o poder de alçar a questão para a discussão da comunidade, evitando que ela fique submersa ou quase invisível, como se a *ratio* houvesse sido amparada pela unanimidade dos votos”⁸

Ao se incorporar ao acórdão, o voto vencido agrega a argumentação e as teses contrárias àquela que restou vencedora; isso ajuda no desenvolvimento judicial do Direito, ao estabelecer uma pauta a partir da qual se poderá identificar, no futuro, a viabilidade de superação do precedente (art. 489, §1º, VI, e art. 927, §§2º, 3º e 4º, CPC).

Além disso, o voto vencido demonstra a possibilidade de a tese vencedora ser revista mais rapidamente⁹, antes mesmo de ela ser agregada qualquer eficácia vinculante, o que pode fragilizar a *base da confiança*, pressuposto fático indispensável à incidência do princípio da proteção da confiança. O voto vencido mantém a questão em debate, estimulando a comunidade jurídica a discuti-la¹⁰.

Note, ainda, que a inclusão do *voto vencido* no acórdão ratifica regra imprescindível ao microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios: a necessidade de o acórdão do julgamento de casos repetitivos reproduzir a íntegra de todos os argumentos contrários e favoráveis à tese discutida (arts. 984, § 2º, e 1.038, § 3º, CPC)¹¹.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 41.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 41-42.

⁹ SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*. São Paulo: Método, 2012, p. 335, especialmente notas 448 e 449

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 41.

¹¹ “Com efeito, justamente pela necessidade de demonstrar que a tese é a melhor, em termos de racionalidade e universabilidade, é que também os fundamentos analisados e não acolhidos são essenciais no acórdão que julga o incidente, porque apenas será possível ter a visão panorâmica da controvérsia e da resolução da questão jurídica pela análise e refutação dos argumentos contrários, considerados pelo tribunal como insuficientes para infirmar a conclusão sobre a questão jurídica”. (TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas — tentativa de sistematização*. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 177.)

O *voto vencido* serve, ainda, como para auxiliar a interpretação do posicionamento vencedor, facilitando a identificação da *ratio decidendi*: o conhecimento das razões vencidas quase sempre esclarece as razões vencedoras.

A fundamentação, com o acréscimo do voto vencido, cumpre, então, esse novo e importante papel.

4. Decisões plurais e voto concorrente.

Chama-se *decisão plural* aquela que, embora haja maioria em relação ao resultado, dela não há como extrair uma *ratio decidendi*, “na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria”¹². Trata-se de fenômeno comum na prática judiciária brasileira, mas que, em um sistema de precedentes, é bem ruim, porque impede a formação do precedente.

Há casos em que a maioria do colegiado é favorável a um determinado resultado, mas não há maioria em relação ao fundamento determinante da decisão. Nesses casos, surge o chamado *voto concorrente*: o julgador adere ao resultado vencedor, sem aderir ao fundamento¹³.

O voto concorrente pode assumir uma dupla função: a) demonstrar que há um melhor fundamento para a obtenção de um mesmo resultado; b) impedir a formação da *ratio decidendi* e, portanto, do precedente, ao não permitir a obtenção da maioria em torno um fundamento determinante¹⁴.

5. Fundamentação do voto e fundamentação do acórdão. As decisões plurais.

É preciso ainda distinguir fundamentação do *voto* e fundamentação do *acórdão*.

A fundamentação do acórdão deve apresentar os fundamentos determinantes que levaram a maioria vencedora a inclinar-se por determinado resultado; da redação do acórdão é preciso constar o pensamento da maioria, e não o pensamento do relator¹⁵. Além disso, é preciso que

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 39.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 40.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 40.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed., cit., p. 709-710; SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*. São Paulo: Método, 2012, p. 324-325.

constem do acórdão os fundamentos divergentes, ainda que haja unanimidade em relação à conclusão (enunciado 598 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

O acórdão não pode ser compreendido como a simples reunião dos votos isolados, embora seja essa uma prática comum e perniciosa, sobretudo porque dificulta, quando não inviabiliza, a identificação da *ratio decidendi*¹⁶. É por isso, aliás, que “ainda que o resultado do julgamento seja unânime, é obrigatória a inclusão no acórdão dos fundamentos empregados por todos os julgadores para dar base à decisão” (enunciado 597 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

Pode ser conveniente, nos casos de acórdãos proferidos em incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios (incidente de julgamento de casos repetitivos, incidente de assunção de competência e incidente de arguição de inconstitucionalidade), que o relator submeta, eletronicamente, a proposta de redação do acórdão para o órgão que proferiu a decisão. O regimento interno do tribunal pode estabelecer um prazo para manifestação dos julgadores, considerando-se o silêncio como concordância com a proposta apresentada.

6. Redação do acórdão em caso de divergência.

Proferido o julgamento colegiado, o resultado é divulgado aos advogados e às partes pelo órgão oficial. É o que se chama, na praxe forense, de publicação da resenha de julgamento. Nesse momento, ainda não existe acórdão. Apenas foi anunciado o resultado final do julgamento. Os autos irão para o relator ou para quem proferiu o primeiro voto vencedor, a fim de que seja lavrado o acórdão (CPC, art. 941).

Lavar o acórdão significa escrever, redigir o acórdão. Essa, normalmente, é uma tarefa atribuída ao relator, a não ser quando tenha sido vencido. É do relator a atribuição de redigir, escrever, lavar o acórdão. Se, contudo, tiver proferido voto vencido, caberá ao julgador que conduziu o julgamento ou abriu a dissidência lavar o acórdão (art. 941, caput, CPC). A dissidência pode dizer respeito tanto ao fundamento determinante (*ratio decidendi*) quanto à conclusão. É o redator do acórdão aquele que levará a causa para reapreciação, no caso do inciso II do art. 1.040 do CPC.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, p. 710; SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*, cit., p. 325-328; MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 59 e segs.

Um exemplo: caso discorde da conclusão apresentada pelo relator, o julgador será designado como redator para o acórdão, se o seu entendimento restar vencedor. Outro exemplo: caso concorde com o relator em relação à conclusão, mas traga fundamento determinante que acabe prevalecendo, o julgador que puxou a divergência será designado como redator do acórdão – isso evita que o acórdão fique enviesado com a fundamentação do relator originário, que ficou vencida, a despeito de a sua conclusão ter sido acolhida¹⁷.

No regime do CPC-1973, o acórdão era lavrado pelo relator sempre que a conclusão fosse unânime, ainda que ele restasse vencido na fundamentação. No regime do CPC- 2015, que inaugura um modelo de observância de precedentes, é preciso que o acórdão seja lavrado por quem conduziu a conclusão do julgamento ou a sua fundamentação. Ainda que a conclusão seja unânime, é preciso que se atribua a relatoria do acórdão a quem conduziu a fundamentação prevalecente. Aliás, veja que o STF, ao julgar a Reclamação 9.428, interpretou a decisão proferida na ADPF 130/DF, concluindo que a ementa redigida não refletia com fidelidade a tese jurídica acolhida pela maioria do colegiado, pois, em diversos momentos, vários ministros destacaram a necessidade de ponderar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais¹⁸. O relator, que ficara vencido nesses pontos, não refletiu esse entendimento no acórdão – e, de resto, em sua ementa – fazendo constar seu fundamento, que restou vencido. Houve um enviesamento que deve ser evitado, sobretudo num sistema que valoriza precedentes. Por isso, o relator não deve lavrar o acórdão, seja quando ficar vencido na conclusão, seja quando ficar vencido na fundamentação.

7. A votação separa dos fundamentos determinantes.

Exatamente em razão da compreensão sobre a competência para a redação do acórdão, em caso de divergência na fundamentação, com convergência na conclusão, é que é preciso repensar o modo como se colhem os votos na sessão de julgamento.

Como visto, há casos em que a maioria dos julgadores posiciona-se no sentido de determinado resultado do julgamento, mas com fundamentação bem diferente: não há maioria

¹⁷ Encampou essa solução o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia: “Art. 204. Divergindo os julgadores quanto às razões de decidir, mas convergindo na conclusão, caberá ao Desembargador que primeiro deduziu o fundamento determinante vencedor redigir o acórdão; o Desembargador que deduziu fundamento vencido declarará seu voto vencido”.

¹⁸ Sobre o julgamento da Reclamação n. 9.428, consultar, SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*. São Paulo: Método, 2012, p. 327-328.

em torno do fundamento determinante que deva ser utilizado¹⁹. Nesses casos, a decisão não formará precedente, ou porque não se sabe qual foi a *ratio decidendi*, ou simplesmente porque não houve *ratio decidendi*²⁰.

As decisões plurais – exatamente aquelas em que há pluralidade de fundamentos determinantes, sem que haja maioria em relação a qualquer deles – são, porém, uma realidade inexorável no funcionamento de um tribunal, porque não há como impor um consenso em relação ao fundamento²¹.

Esse problema se agrava no julgamento de incidentes de formação concentrada de precedentes obrigatórios (assunção de competência, arguição de inconstitucionalidade da lei e o julgamento de casos repetitivos), cujo resultado deve ser a fixação de uma tese jurídica (*ratio decidendi*) vinculativa.

Tudo isso dificulta, quando não inviabiliza, a edição de enunciado da súmula da jurisprudência do tribunal.

A dúvida quanto à *ratio decidendi* repercute, enfim, no interesse recursal, que pode centrar-se na discussão sobre a formação do precedente²².

Um exemplo para ilustrar. Imagine que todos os julgadores decidam que a união homoafetiva é uma entidade familiar. Um entende que é espécie de casamento; o segundo entende que se trata de união estável; o terceiro entende que se está diante de uma terceira espécie de família conjugal. Há unanimidade quanto ao direito à tutela jurídica estatal, mas não se sabe sob qual regime jurídico. É possível dizer que há um fundamento mais amplo e unânime: a união é entidade familiar – nesse ponto há uma *ratio decidendi* que se pode extrair, nada obstante a pluralidade da decisão; mas não é possível definir a que regime jurídico está submetida – quanto a esse ponto, não há *ratio decidendi*.

Outro exemplo: imagine que todos os julgadores decidam que o empregado transgênero tem direito ao uso de sanitário feminino no local de seu trabalho. Um entende que esse direito decorre do fato de esse empregado, em específico, vir sofrendo assédio no banheiro

¹⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 73-74; MACÊDO, Lucas Buriel de. “Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais”. *Precedentes*. Lucas Buriel de Macêdo, Fredie Didier Jr., Jaldemiro Ataíde Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 237; MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*, cit., p. 59 e segs.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed., cit., p. 710; SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais*. São Paulo: Método, 2012, p. 325-328.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*, cit., p. 59 e 145.

²² DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3; LIPIANI, Julia. “Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente”. *Civil Procedure Review*, 2014, v. 5, n. 2, p. 14-24 (www.civilprocedurereview.com).

masculino; o segundo entende que a empregadora deve construir um sanitário especial, sendo temporário o uso do sanitário feminino; já o terceiro entende que é direito fundamental do transgênero esse tipo de proteção, independentemente de estar ele sendo vítima de algum tipo de violência.

Assim, é preciso que haja colheita de votos *também* em relação ao fundamento determinante adotado pelo tribunal. Cada julgador expõe a sua conclusão e a sua fundamentação, mas a contagem dos votos deve iniciar-se pela conclusão; definido o resultado do julgamento, passa-se à definição de qual é o seu fundamento determinante.

Esse método é o mais adequado ao sistema de precedentes obrigatórios, além de ser, também do ponto de vista pragmático, mais simples. Pode ser que, ainda assim, não se chegue a um fundamento determinante majoritário – afinal, não há como impor o consenso e, além do mais, todos podem estar de acordo que o recurso seja provido, divergindo apenas no fundamento. Mas, o método de votação pode levar mais facilmente a que se esse consenso se estabeleça.

Pode não haver coincidência entre a votação do resultado e a votação do fundamento determinante: pode haver, p. ex., unanimidade na conclusão e divergência sobre qual o fundamento determinante deve prevalecer.

Quem proferiu voto cuja conclusão foi vencida, não participa da votação do fundamento determinante que deve prevalecer. O voto vencido, porém, comporá o acórdão (art. 941, §3º, CPC).

Havendo unanimidade na conclusão, a despeito da divergência na fundamentação, não é caso de aplicar a técnica do art. 942 do CPC, que se restringe aos casos de divergência no comando normativo da decisão.