

UMA NOVA REALIDADE DIANTE DO PROJETO DE CPC:
A *RATIO DECIDENDI* OU OS FUNDAMENTOS
DETERMINANTES DA DECISÃO

LUIZ GUILHERME MARINONI *

SUMÁRIO: 1. **Introdução;** 2. *Ratio decidendi* e *obiter dictum* no *common law*; 2.1 *Ratio decidendi*; 2.2 *Obiter dictum*; 2.3 A *ratio* como proposição necessária e suficiente ao alcance da decisão; 2.4 Significado de julgado com duas *rationes*; 2.5 Particularidade do *common law*: a *ratio decidendi* como solução do caso; 2.6 A consideração dos julgados anteriores. A importância da adequada visualização da *ratio decidendi*; 2.7 A formação paulatina da *ratio*; 2.8 A interpretação da *ratio*: os pontos de direito; 2.9 A interpretação da *ratio*: os fatos que dão composição ao caso e os que foram considerados na decisão; 3. **Elaboração do conceito de *ratio decidendi* no direito brasileiro;** 3.1. A importância dos fatos e os precedentes interpretativos; 3.2. Particularidades dos precedentes no direito brasileiro: as decisões que tratam exclusivamente de questão de direito e as decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade; 3.3 A *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos; 3.4. Novo fundamento e aplicação do precedente. Aplicação do precedente sem a invocação do seu fundamento. Da eficácia preclusiva da coisa julgada à necessidade de identificar os casos; 3.5. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão; 3.6. Elementos para a caracterização da *obiter dicta* no direito brasileiro; 3.7. *Ratio decidendi* e *obiter dicta* no projeto de CPC

Resumo: Diante do projeto de CPC, o texto analisa os significados de *ratio decidendi* e *obiter dicta* no *common law* e procura inseri-los no contexto do direito e da prática judicial brasileiros, daí retirando elementos para a compreensão das regras pertinentes à força obrigatória dos precedentes.

Abstract: In the light of the project of a new Civil Procedure Code, the paper analyzes the meanings of *ratio decidendi* and *obiter dicta* in the common law and seeks to insert them in the context of brazilian and judicial practice, hence removing elements to understand the rules pertaining to the binding force of precedents.

* Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

Palavras-Chave: CPC – Stare Decisis - Precedentes – Ratio Decidendi – Obiter Dicta

Key-Words: CPC - Stare Decisis – Precedents - Ratio Decidendi – Obiter Dicta

1. Introdução

O tempo do processo, assim com a delonga trazida pelos recursos, são lugares comuns e recorrentes na história do processo civil. A dogmática processual já fez muito para minimizar o problema da demora processual, construindo a técnica antecipatória e a figura da execução imediata da sentença. Já argumentamos, inclusive, que de nada adianta falar em melhor sistematização dos recursos e em execução na pendência da apelação enquanto a doutrina não se livrar do mito do duplo grau de jurisdição e compreender que, para se outorgar efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional, não há como insistir em dois juízos repetitivos sobre o mérito.

Realmente, é preciso calibrar a vazão do recurso de apelação, restringindo-se o seu cabimento diante dos casos de menor complexidade, como, por exemplo, os relativos a acidentes de trânsito, relações de locação e relações de consumo, que se acumulam nos Tribunais de Justiça. Em segundo lugar, há que se eliminar a falta de racionalidade e coerência instalada no sistema judicial, em que convivem decisões díspares - produzidas por um mesmo tribunal, colegiado ou julgador - para casos absolutamente iguais. É ocioso lembrar que isto nega a necessidade de coerência do direito, de segurança jurídica e de igualdade perante os atos estatais. Esquece-se que fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro¹, bem como que a previsibilidade é um valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver².

Mas isto também é de fácil percepção a quem se preocupa com o acúmulo de processos, com a demora processual e com a impossibilidade de os tribunais cumprirem adequadamente a sua função. A falta de autoridade dos julgados, ou melhor, a falta de coerência entre as decisões judiciais produzidas por um mesmo tribunal, órgão colegiado e magistrado, além de desesperar os jurisdicionados, que ficam sem saber como se comportar, impede a advocacia de exercer a sua missão, isto é, de orientar o comportamento dos seus clientes. Ou seja, a falta de coerência entre as decisões estimula a litigiosidade, trazendo

1 MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 178.

2 MACCORMICK, Neil. *The ethics of legalism, Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184.

aos tribunais milhares de casos que, caso o sistema judicial não violentasse a sua própria lógica, poderiam ser acomodados mediante acordos. Ora, não é preciso pensar muito para concluir que os recursos infundados e abusivos, a violação do direito fundamental à duração razoável do processo e o atual estado de apatia do Poder Judiciário são meras consequências da falta de autoridade dos precedentes judiciais.

Se é de lamentar a falta de qualquer restrição ao duplo grau de jurisdição no projeto de CPC, nele existe previsão relativa à importância de respeito aos precedentes judiciais. Trata-se, bem vistas as coisas, da principal inovação do projeto, na medida em que traz para o direito brasileiro algo que, apesar de fundamental, ainda não foi bem absorvido pelo *civil law*. No projeto, encontram-se redigidas as seguintes normas: "Art. XX. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, buscando mantê-la estável. Art. XX. Os órgãos jurisdicionais devem, ainda, observar as disposições seguintes: I - na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II - os órgãos jurisdicionais seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III - a jurisprudência dominante de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve orientar as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia; V - *na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, devem os tribunais modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos, considerando o grau de confiança na jurisprudência, o interesse social, a segurança jurídica ou a importância de se aplicar imediatamente a decisão revogadora para o tratamento isonômico dos jurisdicionados*; § 1º *A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.* § 2º *Observado o disposto no § 1º deste artigo, a mudança da jurisprudência poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, de ofício ou por provocação da parte, do interessado ou do Ministério Público.* § 3º *O efeito previsto nos incisos II, III e IV do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes do acórdão adotados pela maioria dos membros do colegiado.* § 4º *Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV do caput deste artigo: I - os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo; II - os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.* § 5º *O precedente dotado do efeito previsto nos incisos II, III e IV do caput deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa*

convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

A norma possui várias impropriedades, entre elas a de se referir a jurisprudência quando está aludindo a precedente. Não obstante, possui regras teoricamente sofisticadas e de grande valor prático, como as que dizem respeito i) aos fundamentos determinantes da decisão (ou *ratio decidendi*) e à *obiter dicta*, ii) ao *distinguishing*, iii) à decisão que revoga precedente – *overruling* – e iv) aos seus efeitos, todas elas baseadas em proposta que realizamos no livro “*Precedentes Obrigatórios*”, publicado pela Editora Revista dos Tribunais em 2010³.

Diante dessas regras, em especial daquela que alude aos fundamentos determinantes da decisão, parece importante discutir os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*, tal como vistos no *common law*, bem como inseri-los no contexto contemporâneo do direito e da prática judicial brasileiros. É o que se fará a seguir.

2. Ratio decidendi e obiter dictum no common law

2.1 Ratio decidendi

Não há dúvida de que, no sistema de *common law*, os fundamentos não têm a sua importância condicionada à coisa julgada. Aliás, querer explicar os precedentes obrigatórios relacionando os fundamentos com a coisa julgada constitui grosseiro equívoco.

Deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é

3 Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 2ª. edição.

que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.⁴ Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.⁵

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados “requisitos da sentença”, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.

Não há como esquecer que a busca da definição de razões de decidir ou de *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. No *common law*, há acordo em que a única parte do precedente que possui tal efeito é a *ratio decidendi*.

O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial, embora seja certo que a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.

Frise-se que, embora a doutrina do *common law* fale em interpretação de precedente, seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado.

4.Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

5.“*Ratio decidendi* pode significar tanto ‘razão para a decisão’, como ‘razão para decidir’. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico [*judicial reasoning*]. O raciocínio jurídico pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*” (DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 67).

De qualquer forma, é fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia.⁶

Não há sinal de acordo no *common law* sequer acerca de método capaz de permitir a identificação da *ratio*.⁷ De qualquer forma, dada a sua notoriedade, devem ser referidos o denominado teste de Wambaugh⁸ e o método de Goodhart.⁹

Para Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. Wambaugh resume o seu teste dizendo que a proposição ou doutrina do caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi*, deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.¹⁰

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que

6. "Case-law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted" (DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*, cit., p. 59). V. RAZ, Joseph. *The authority of law – Essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 191 e ss.

7. "A maior dificuldade no caminho para um entendimento claro de qualquer doutrina de precedente e, portanto, de qualquer direito jurisprudencial, é a qualidade controversa da *ratio decidendi*" (MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are, in: *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 157).

8. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17 e ss.

9. GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case, in: *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1 e ss.

10. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*, cit., p. 18.

a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido – portanto, outra proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*.

O teste de Wambaugh – bastante próximo ao de Vaughan C. J., formulado no século XVII – é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*. Aponta-se para a situação em que a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão.¹¹

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Goodhart apresentou o seu método em ensaio que apareceu publicado, pela primeira vez, no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930.¹² Este ensaio, intitulado *Determining the ratio decidendi of a case*, tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema no *common law*.¹³ De acordo com Goodhart, a *ratio decidendi*, a que se refere constantemente como “*principle of a case*”, não é encontrada nas razões ou na *rule of law* apresentadas ou estabelecida na *opinion*. Também não é necessariamente encontrada mediante a consideração de todos os fatos averiguáveis do caso e na decisão judicial. Para Goodhart, a *ratio* é identificada por meio da análise dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e na decisão que neles se baseou.¹⁴

11.V. ABRAMOWICZ, Michael. Defining dicta. *Stanford Law Review*, vol. 56, 2005, p. 953-966.

12. Antes disso, precisamente em 1928, Goodhart publicou importante artigo no *Cambridge Law Journal*, intitulado de *Three cases on possession*, em que a sua concepção de *ratio decidendi* mostrou-se bastante diferente. Neste artigo, ao invés de buscar a *ratio decidendi* nos fatos – na identificação dos fatos que o juiz considerou materiais e imateriais –, Goodhart procurou-a nos fundamentos ou nas *reasons for the decision* (razões para a decisão). V. GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. *The Cambridge Law Journal*, n. 3, 1928, p. 195-208.

13. “Não obstante o ensaio de Goodhart pertencer a uma época diferente – fórmulas para a determinação da *ratio decidendi* de um caso tendem a parecer um tanto quanto fossilizadas atualmente –, deve-se notar que muitos acadêmicos e juizes aceitavam, e provavelmente continuam aceitando, a concepção por ele criada” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 83).

14. Sublinhe-se que o trabalho *Determining the ratio decidendi of a case*, quando comparado ao que Goodhart escreveu anteriormente – *Three cases on possession* –, revela a influência que recebeu de

Melhor explicando: para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso *como vistos* pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.¹⁵ Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também é importante a decisão que neles se fundou.

Na verdade, é necessário descobrir quais fatos foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais. Muitas vezes é difícil determinar os fatos que foram considerados imateriais. Isso porque a determinação dos fatos imateriais pode não estar implícita no raciocínio judicial, nem ter sido expressamente realizada pelo juiz. A dificuldade, nestes casos, é saber se o tribunal considerou, ou não, o fato como imaterial. É o que ocorre quando a Corte, depois de ter definido todos os fatos do caso, identifica um pequeno número de fatos para fundamentar a sua decisão. Os fatos omitidos presumivelmente são imateriais. Goodhart explica através de exemplo, servindo-se do caso *Rylands v. Fletcher*. Fletcher contratou empreiteiro para construir reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Goodhart, ao analisar a situação, admitiu como “fatos do caso”: i) B tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por B para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou A. Foram considerados “fatos materiais: i) B tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou A. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerada como fato imaterial. Assim, como a Corte não considerou a negligência do empreiteiro, não houve responsabilização de B pela negligência do seu contratado, mas sim a instituição da doutrina da “*absolute liability*” (responsabilidade objetiva).¹⁶

Joseph Francis, um dos mais importantes realistas da história do *common law*, ao lado de Oliphant. Francis escreveu artigo para polemizar com Goodhart, publicado na *St. Louis Law Review*, também em 1928, sob o título de *Three cases on possession – Some further observations*. V. FRANCIS, Joseph. *Three cases on possession – Some further observations*. *St. Louis Law Review*, n. 14, 1928, p. 11-16.

15. “Tendo determinado, como primeiro passo, todos os fatos do caso tais como vistos pelo juiz, é então necessário descobrir em quais destes fatos ele encontrou material para o seu julgamento” (“Having, as a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to discover which of these facts he has found material for his judgment”) (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 15).

16. “Em *Rylands v. Fletcher*, o réu contratou um empreiteiro independente para fazer um reservatório em sua propriedade. Devido à negligência do empreiteiro em não encher algumas minas d’água em desuso, a água escoou e inundou a mina do autor. O réu foi considerado responsável. Seria o princípio do caso em que um homem que constrói um reservatório em sua propriedade deve ser considerado responsável pela negligência de um empreiteiro independente? Por que, então, este caso é sempre mencionado como aquele que fixou a doutrina mais ampla da ‘responsabilidade objetiva’? A resposta é encontrada nas opiniões. Após determinarem os fatos como acima descritos,

O juiz deve expressa ou implicitamente tratar os fatos como materiais ou imateriais. Frequentemente, o juiz expressamente indica os fatos que considera materiais ou imateriais. Como isso nem sempre ocorre, Goodhart sugere vários testes para determinar quais fatos devem ser admitidos como tendo sido tratados como materiais ou imateriais pelo juiz. Assim, os relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumivelmente imateriais, a menos que declarados como materiais. Os argumentos e razões da Corte, assim como a declaração da regra de direito que está sendo seguida, igualmente têm importância para a identificação dos fatos que foram considerados materiais e imateriais.¹⁷

Por fim, Goodhart alerta que a conclusão baseada em um fato hipotético, ou melhor, em um fato cuja existência não foi determinada pela Corte, não constitui *ratio decidendi*, mas *obiter dictum*.¹⁸

Frise-se que a doutrina de Goodhart dá importância ao princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). Qualquer Corte que se considerar vinculada pelo precedente deve chegar à mesma conclusão a que se chegou no caso em que instituído o precedente, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como materiais, ou que fatos considerados materiais no caso anterior agora estejam ausentes.

Deixando-se de lado o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, que não poderiam ser esquecidos em virtude da sua notoriedade no *common law*, importa deixar claro que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que

os juízes então ignoraram o fato da negligência do empreiteiro, e fundamentaram suas conclusões no fato de que um reservatório artificial havia sido construído. A negligência do empreiteiro foi, assim, implicitamente considerada com um fato imaterial. O caso pode ser analisado como segue: Fato I – O réu teve um reservatório construído em sua propriedade. Fato II – O empreiteiro que o construiu foi negligente. Fato III – A água escoou e prejudicou o autor. Conclusão – O réu é responsável perante o autor. Fatos materiais como vislumbrados pela Corte: Fato I – O réu teve um reservatório construído em sua propriedade. Fato III – A água escoou e prejudicou o autor. Conclusão – O réu é responsável perante o autor. Em razão da omissão do Fato II, a doutrina da ‘responsabilidade objetiva’ foi estabelecida”. (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 17-18).

17. Como esclarece Rupert Cross, tratando do método de Goodhart, “sua justificativa pode ser incorreta e sua afirmativa sobre o direito ampla demais, mas elas nos indicarão sobre quais fatos ele alcançou sua conclusão” (CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 71).

18. “Uma conclusão fundamentada em um fato hipotético é um *dictum*. Por fato hipotético quer-se dizer qualquer fato cuja existência não foi determinada ou aceita pelo juiz” (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit., p. 26).

embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso.¹⁹

Não há dúvida de que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos – que, em abstrato, podem ser identificados em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado.²⁰

19. Ver, ainda: MONTROSE, J. L. Reasoning, ratio decidendi and Denning L. J. *The Modern Law Review*, 1954, vol. 17, p. 462 e ss.; MONTROSE, J. L. Ratio decidendi and the House of Lords. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 124 e ss.; MONTROSE, J. L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 587 e ss.; SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 413 e ss.; SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1958, vol. 21, p. 155 e ss.; STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 597 e ss. Uma vez que a polêmica entre Montrose e Simpson atingiu Goodhart, este afirmou que eles não entenderam o seu principal argumento: “O Professor Montrose e o Sr. Simpson, em quatro ocasiões até agora, manifestaram opiniões acerca da *ratio decidendi* de um caso. Eu teria hesitado em intervir neste combate não fosse o fato de ambos se referirem exaustivamente ao meu artigo *Determining the ratio decidendi of a case*. Não é meu propósito discutir, no presente artigo, os pontos dos quais eles aparentam divergir, uma vez que não estou certo de que compreendi completamente seus argumentos. Estou inquieto com uma questão muito mais restrita e pessoal. Ambos os eruditos escritores estão de acordo em que as conclusões alcançadas em meu artigo são insatisfatórias. O Professor Montrose alega que minhas conclusões conflitam com a teoria ‘clássica’, que ele entende ser correta, enquanto o Sr. Simpson é da opinião de que minha teoria é substancialmente a mesma que a ‘clássica’, a qual, segundo ele, está aberta a críticas. Os eruditos escritores não estão de acordo sobre a existência ou natureza de uma teoria ‘clássica’, mas estão em feliz acordo no que tange ao conteúdo de minha doutrina relativa ao precedente vinculante. Infelizmente, do meu ponto de vista, ambos consideram minha teoria de uma maneira que penso ser impossível reconhecê-la, uma vez que omitem aquilo que considero como o ponto essencial de minha tese” (GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 117).

20. “O poder do precedente depende de alguma assimilação entre o evento em comento e algum outro evento. (...) A tarefa de uma teoria do precedente é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não” (SCHAUER, Frederick. Precedent, *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, 1987, p. 577).

Destaque-se de forma breve, ainda, o problema relativo a se saber quem define a *ratio decidendi*,²¹ se o órgão que institui o precedente ou se aquele que está a analisar se o precedente há de ser aplicado ao caso que está em suas mãos para julgamento. Não há dúvida de que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento.

Note-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabelece-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm em conta a segurança e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte. Portanto, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia necessariamente duas *ratio decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso originário e outra pelo juiz do novo caso. Lembre-se que é nesta dimensão que Julius Stone falou em *ratio decidendi* descritiva e em *ratio decidendi* prescritiva, também atribuindo a esta última a qualificação de obrigatória, já que reveladora das razões que uma Corte posterior está obrigada a seguir.²²

Além disso, é relevante a definição proposta por Rupert Cross, em seu conhecido *Precedent in English law*, no sentido de que a *ratio decidendi* de um caso é *qualquer regra de direito* expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada.²³

Tratando da definição de Cross, MacCormick a imputa como muito abrangente, advertindo que em qualquer caso em que uma lei está sendo interpretada ou aplicada, a lei em si, ou um artigo dela, corresponderá a uma regra sem a qual a mesma conclusão não poderia ser alcançada (pelo menos se quisermos dizer por 'conclusão' uma conclusão de, por exemplo, responsabilização pela aplicação daquela lei específica). Ninguém supõe, entretanto, que a lei seja a *ratio*. Na verdade, a *ratio* será o que a Corte afirma

21. Não se olvidando, contudo, a opinião cética de Joseph Francis, que, em resposta ao *Three cases on possession* de Arthur L. Goodhart, escreveu: "Se for verdade que o caminho para o progresso humano é coberto de princípios e conceitos mortos, então me atrevo a sugerir que o empenho em se encontrar a *ratio decidendi* de um caso em breve será visto sob o mesmo enfoque que aquele de um médico tentando localizar a 'alma'" (FRANCIS, Joseph F. *Three cases on possession – Some further observations*. *St. Louis Law Review*, vol. 11, 1928). V. SCOFIELD, Robert G. Goodhart's concession: defending *ratio decidendi* from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century. *King's College Law Journal*, vol. 16, 2005, p. 311-328.

22. STONE, Julius. *The ratio of the ratio decidendi*, *The Modern Law Review*, v. 22, 1959, p. 597.

23. "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury" (CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 77).

como interpretação correta da lei. Por essa abordagem, é claramente preferível descrever ou definir a *ratio* pelo fato de ser uma solução do juiz, em vez de ser qualquer regra da qual sua conclusão dependa.²⁴

Esta crítica à doutrina de Cross foi recentemente reafirmada por Duxbury. De acordo com o professor da *London School of Economics*, quando o juiz interpreta a lei para chegar à decisão, a *ratio* é o que o juiz acredita ser a melhor interpretação da lei – “*the judges ruling, in other words, rather than the legal rule*”.²⁵

Outra parte da definição de Cross que interessou a MacCormick diz que a regra de direito – vista pelo último como “solução do juiz” – deve ser tratada como “passo necessário” ao alcance da conclusão. Adverte MacCormick que a preocupação sobre as implicações do que é necessário foi levantada primeiro por Brian Simpson em seu artigo no *Oxford Essays in Jurisprudence*. Aí, ele mostrou que, nos termos de Cross e talvez em certas formulações judiciais, o termo necessidade compreende muitos significados e, por isso, propôs substituir a ideia do que é *necessário* por uma decisão pela ideia do que é *suficiente* para a decisão.²⁶

Não obstante, para MacCormick a formulação de Simpson compreende quase tanto conteúdo quanto a “necessidade” de Cross. Assim, o teórico escocês acaba por refutar tanto a doutrina de Cross quanto a de Simpson, propondo outra leitura da ideia de *suficiência*, apresentada pelo último. Admite que, para configurar *ratio*, o fundamento precisa ser *suficiente*, mas que a questão jurídica deve exigir uma solução em particular para justificar a decisão do caso.²⁷

2.2 *Obiter dictum*

A discussão acerca do significado de *obiter dictum* é tão antiga, intensa e difícil quanto a travada sobre o significado de *ratio decidendi*.²⁸ Isso porque o conceito de *obiter dictum* é absolutamente atrelado ao de *ratio decidendi*.²⁹

24. MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, cit., p. 209. Neil Duxbury comunga da mesma crítica de MacCormick, assim argumentando: A suposição de Cross – de que a *ratio* é a ‘regra de direito’ que o juiz trata como necessária para uma decisão – não parece exatamente correta. Quando o juiz interpreta uma lei para tomar uma decisão, a *ratio* é o que o juiz crê ser a melhor interpretação da lei. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 77).

25. V. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 78.

26. MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 209.

27. MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 210.

28. “The distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum* is an old one” (CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 37).

29. “Hoje é difícil imaginar um advogado que desconheça esta distinção – isto é, a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* de um caso”. (No original: “Today, it is difficult to imagine a common lawyer being unaware of this distinction – the distinction, that is, between the *ratio decidendi* of and the *obiter dicta* within a case”) (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 67).

No século XVII, época em que já se discutia sobre a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, entendia-se que a última não era *judicial opinion*, tendo a ideia prevalecido até meados do século XIX. Supunha-se que a *obiter dictum*, apesar de pronunciada por uma Corte, era um argumento de caráter extrajudicial.³⁰

Não é difícil perceber a razão pela qual o *common law* sempre se preocupou em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Tal distinção se deve à valorização dos fundamentos da decisão, peculiar ao *common law*. Como neste sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para se investigar, com cuidado, a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.

No *civil law*, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação conflitiva. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no *civil law*, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença.³¹

Ao tratar da *obiter dictum*, Rupert Cross pergunta se nela é possível ver mais do que uma proposição de direito que não forma parte da *ratio decidendi*. Cross admite que, a princípio, a resposta à questão é negativa, embora devam ser considerados os diversos graus de autoridade e as várias espécies de *obiter dictum*.

Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que, quando se olha para uma

30. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 37.

31. "A busca pela *ratio decidendi* é primariamente uma peculiaridade do processo judicial da Inglaterra, Escócia, e daqueles países cujo sistema legal deriva do nosso. Na *Cour de Cassation* da França, as razões para uma decisão são apresentadas de forma bastante sucinta e tudo que diz respeito à natureza de um discurso geral é proibido, ao menos naquilo que diz respeito a todas as Cortes civis francesas. O resultado é que discussões continentais sobre o assunto das decisões judiciais não compartilham da preocupação dos escritores que discutem a jurisprudência anglo-americana no que tange ao método de distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*" (Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 47).

questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão.³²

Algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão, e, assim, são certamente *obiter dicta*. Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir.³³ De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.³⁴

Porém, há questões que nada têm a ver com o caso que está sendo julgado e questões que, embora não necessitem ser apreciadas para se chegar à decisão, têm íntima relação com o caso *sub judice*. É claro que as questões relacionadas ao caso, bem como as que foram detidamente tratadas pela Corte e acolhidas por parte representativa dos seus membros, têm mais autoridade do que as que não dizem respeito ao caso sob julgamento e são sumariamente enfrentadas.

Não obstante, o que parece mais preocupar os doutrinadores é algo que, bem vistas as coisas, guarda particularidade com o fato de, no *common law*, o sistema de precedentes se pautar na resolução dos casos.

Cross, por exemplo, alude a questões independentes e questões dependentes para justificar a qualificação de uma dada questão como *obiter dictum*. Quando existem duas questões, mas o acolhimento de uma delas basta para dar ganho de causa à parte e, além disso, a abordagem da segunda questão não depende da aceitação da primeira, há questões independentes. Na hipótese em que a segunda questão apenas pode ser apreciada se acolhida a primeira, há questões dependentes.³⁵

Em *Perry v. Kendrick's Transport* havia duas questões perante a Corte de Apelação. Uma dizia respeito à impossibilidade de se obter indenização por

32."Algumas partes de um [julgado] não são formalmente vinculantes como precedente. Isso é verdade acerca das compreensões ou opiniões de uma Corte que não sejam necessárias à solução da questão específica a ela apresentada. Essas são chamadas *dicta* e são geralmente não vinculantes. Como mencionado, *dicta* são normalmente definidas como declarações, presentes no [julgado], 'não necessárias' à decisão da Corte sobre a questão ou as questões". (SUMMERS, Robert. Precedent in the United States, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 384).

33.DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 68.

34.SUMMERS, Robert. Precedent in the United States, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*, cit., p. 385. Ver, ainda, ABRAMOWICZ, M.; STEARNS, M. Defining dicta. *Stanford Law Review*, v. 56, 2005.

35.CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 81 e ss.

injúrias pessoais com base em *Rylands v. Fletcher*. A outra era relativa à viabilidade de o réu invocar, em sua defesa e no seu recurso, que o dano foi causado pelo ato de um estranho. A decisão, fundando-se em um ou outro ponto, seria favorável ao réu-apelante. A Corte decidiu o primeiro ponto em favor do autor-apelado, concluindo que os danos por injúrias pessoais poderiam ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*. Mas decidiu a segunda questão em favor do réu-apelante, que, assim, saiu vitorioso na apelação.

Havia questões independentes em *Perry v. Kendrick's Transport*. Uma foi decidida em favor do apelado e outra em favor do apelante. Ou seja, a segunda pôde ser decidida em favor do apelante ainda que a decisão da primeira tenha dado razão ao apelado. Porém, e aí é que surge a abordagem que realmente interessa, Cross afirma que a decisão a respeito da primeira questão não constitui *ratio decidendi*, mas *obiter dictum*. *Ratio decidendi* seria apenas a declaração sobre a segunda questão.

O raciocínio segue a própria lógica de Cross, Wambaugh e Goodhart. De acordo com Cross, as alegações acerca da questão das injúrias pessoais eram *obiter* porque a Corte não poderia tê-las considerado como necessárias para a decisão em favor do réu, isto é, para o provimento da apelação. Elas também seriam *obiter* à luz do teste de Wambaugh, porque a apelação poderia ser decidida da mesma maneira ainda que a Corte houvesse decidido que os danos por injúria pessoal não poderiam ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*. Se submetidas ao método de determinação da *ratio decidendi* de Goodhart, as alegações relativas à primeira questão também seriam *obiter*. Não obstante entender que a abordagem da primeira questão seria *obiter*, Cross deixa claro que é difícil acreditar que um órgão de primeiro grau se sentiria livre para decidir que os danos por injúrias pessoais não podem ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*, embora esta declaração seja apenas *obiter dictum* perante a Câmara dos Lordes.³⁶ Cross está aludindo ao efeito persuasivo da *obiter dictum*, que, em casos como o referido, pode ter intensidade tão forte quanto a do efeito obrigatório, particular à *ratio decidendi*.

Em caso submetido à Câmara dos Lordes, *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, também estavam presentes duas questões. Neste caso, em que se buscava anular uma ordem do Ministro da Saúde, foram apresentadas duas defesas: uma afirmando que a Corte não tinha competência para examinar a validade da ordem e outra no sentido de que a ordem era válida, pois autorizada pelo *Housing Act*, 1925. A *House of Lords*,³⁷ por votação unânime de

36. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 82-83.

37. Recentemente, a *House of Lords* foi "substituída" pela Supreme Court of the United Kingdom, que assumiu as suas funções judiciais. A Supreme Court of the United Kingdom foi criada pelo Ato de Reforma Constitucional de 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), tendo iniciado as suas atividades em 1.º de outubro de 2009.

seus membros, julgou contra o Ministro no primeiro ponto, mas, por quatro votos contra um, decidiu a segunda questão em seu favor. O resultado da segunda questão era certamente *ratio decidendi*, mas houve dúvida sobre o significado da resolução do primeiro ponto.³⁸

Seria possível dizer que, como a segunda questão dava ganho de causa ao Ministro, não era necessário analisar a primeira questão, que, por este motivo, seria *obiter dictum*. Porém, além de esta questão ter sido analisada em primeiro lugar, ela constituía um antecedente lógico no raciocínio dos juízes, ou seja, um ponto que, por lógica, necessariamente deveria ser analisado para que a Corte pudesse adentrar na análise do segundo ponto.

A diferença de natureza entre as questões analisadas em *Perry v. Kendrick's Transport* e em *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé* foi detectada por Rupert Cross, que salientou que, no último caso, as questões não eram independentes, mas interdependentes.³⁹ Se a primeira questão é um antecedente necessário ao julgamento da segunda, a ausência de necessariedade, apontada em *Perry v. Kendrick's Transport*, não poderia ser invocada para se negar à resolução da primeira questão a qualidade de *ratio decidendi*.

Contudo, no caso de questões independentes, a questão cuja análise não é necessária à resolução – que, assim, é *obiter dictum* – é intimamente ligada ao caso sob julgamento e abordada de forma aprofundada pelo tribunal, assumindo perfil e textura muito próximos ao da *ratio decidendi*. Portanto, esta *obiter dictum* representa uma espécie que merece ser diferenciada da comum das *obiter dicta*.

Lembre-se que o tribunal, em alguns casos, trata de pontos irrelevantes, cuja análise sequer precisaria ser feita e que, portanto, acaba representando um excesso de argumentação. Este tipo de *obiter dictum* certamente não tem o mesmo significado da *obiter dictum* que trata de maneira aprofundada de ponto de direito relacionado ao caso.⁴⁰

A *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte. Recorde-se que, ao analisar *Perry v. Kendrick's Transport*, Cross chega a dizer que é difícil acreditar que um juiz de primeiro grau possa se sentir livre para negar o que a Corte decidiu em favor do apelado, embora esta, reconhecendo o argumento do réu-apelante,

38.CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 83.

39.CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 83.

40.MERRILL, Thomas W. Judicial opinions as binding law and as explanations for judgments. *Cardozo Law Review*, New York, vol. 15, out. 1993.

tenha lhe dado ganho de causa no *appeal*.⁴¹ Diante da diferença entre essas *obiter dicta*, a doutrina fala em *judicial dictum* e em *gratis dictum*. Atribui-se tais denominações ao *obiter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas.⁴²

2.3 A *ratio* como proposição necessária e suficiente ao alcance da decisão

Como visto, Rupert Cross define a *ratio decidendi* como passo necessário ao alcance da conclusão. Simpson, enquanto isso, propôs a substituição da ideia de necessário pela de suficiente.

O real problema, sem dúvida, está no significado que se pretende atribuir aos vocábulos “necessário” e “suficiente”. Se o passo é necessário, ele é imprescindível, obrigatório. Suficiente, porém, é o que é bastante. Ora, há diferença entre caminho obrigatório e caminho bastante. Se o caminho é obrigatório, não há como chegar onde se quer sem passar por ele. Contudo, se o caminho é suficiente, chega-se ao lugar que se procura passando-se por ele, que é apto para conduzir ao local desejado. Suficiente ou apto ou idôneo não se confunde com necessário ou obrigatório.

Cross, ao falar em questões independentes e dependentes,⁴³ lembra de caso – *Perry v. Kendrick's Transport* – em que não se considerou *ratio decidendi* a análise de questão que, julgada favoravelmente ao recorrido, não impediu que a Corte, julgando a segunda questão em favor do recorrente, provesse o recurso. A primeira questão não seria *ratio decidendi* por não ser necessária ao provimento do recurso. Como é óbvio, esta questão também não seria suficiente para se prover o recurso. Entretanto, caso houvesse outra questão, invocada pelo recorrente, capaz de permitir o provimento do recurso, haveria duas questões suficientes. Nessa hipótese, caso o tribunal pudesse analisar apenas uma das questões, essa obviamente seria *ratio decidendi*, não havendo falar em *obiter dictum*. Advirta-se desde logo, porém, que, quando o tribunal aprecia duas questões suficientes ao provimento do recurso, há grande debate na doutrina sobre a natureza da análise de cada uma delas.⁴⁴

41. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 82.

42. “Juristas e juízes do common law têm, em algumas oportunidades, tentado acumular distinções sobre a distinção básica entre *ratio-obiter* – argumentando que determinado caso pode conter um *holding* que seja mais impositivo que uma *ratio decidendi*, e que pode haver uma *judicial dicta* que seja menos impositiva que uma *ratio decidendi*, porém mais impositiva que qualquer outro *obiter dictum*. No entanto, é a distinção básica que tem perdurado” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 68). V. LLEWELLYN, Karl. *The case law system in America*. Chicago: University of Chicago Press, 1989. p. 14 e ss.; SCOFIELD, Robert G. *The distinction between judicial dicta and obiter dicta*. *Los Angeles Lawyer*, Los Angeles, vol. 25, out. 2002.

43. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 81 e ss.

44. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 75.

É importante frisar, contudo, que em *Perry v. Kendrick's Transport* a primeira questão foi julgada em favor do recorrido e, a segunda, em favor do recorrente. Diante disso, é possível perguntar se a ideia de suficiência se relaciona com o resultado do recurso ou com o resultado dado à questão posta pela parte. Ou melhor, o passo deve ser suficiente para o tribunal julgar a questão afirmada pela parte (recorrente ou recorrido) ou para dar solução ao recurso? O ponto é deveras importante, já que, caso a suficiência se ligue à solução da questão posta pela parte, não haverá entrave para se considerar *ratio decidendi* a decisão de questão em favor do recorrido, em caso de provimento do recurso. Note-se que, ao ser assim, não será propriamente a análise da questão que será suficiente para a decisão recursal. Na verdade, a razão ou o fundamento é que deverá ser suficiente à solução da questão.

Outro caso, igualmente referido por Cross, permite análise. No caso *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*,⁴⁵ a *House of Lords* refutou questão invocada pelo Ministro da Saúde, e, ao julgar a segunda questão, decidiu por quatro votos contra um em seu favor. A primeira questão disse respeito à competência da Corte para julgar a validade da ordem do Ministro e, a segunda, à sua validade propriamente dita, ou seja, à circunstância de estar a ordem autorizada pelo *Housing Act, 1925*.

Considerou-se que a decisão acerca da competência da Corte era *ratio decidendi*, ao argumento de que tal decisão seria *necessária* para se resolver o recurso. Nessa situação, nem mesmo seria possível falar em *suficiente*, uma vez que a decisão sobre competência jamais poderia ser pensada como *suficiente* para a resolução da questão de fundo do recurso. Realmente, a decisão apenas poderia ser considerada *necessária* para se chegar ao exame do mérito recursal.

Não obstante, caso considerada a ligação das razões com a solução da questão, deixando-se de lado a ideia de se relacionar a análise da questão com a solução do caso, seria possível pensar que a fundamentação da *House of Lords* foi suficiente – e não somente necessária – para a decisão a respeito da competência.

Quando há duas questões e uma é resolvida em favor do recorrido e outra para dar provimento ao recurso, a decisão em favor do recorrido nunca será suficiente para a solução em prol do recorrente, podendo, no máximo, ser considerada necessária, como aconteceu quando se tomou em conta a análise da questão da competência como necessária à resolução do mérito. Entretanto, quando se destaca o raciocínio judicial para a análise das questões postas pelas partes, colocando-se à luz a solução dessas questões e não a solução do recurso ou do caso, torna-se viável pensar em suficiência de dada razão para a solução da questão, ficando claro que não apenas a decisão do caso, mas

45. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 83.

também as decisões relativas a outras questões envolvidas no caso podem constituir *ratio decidendi*.

2.4 Significado de julgado com duas rationes

No *common law*, fala-se em julgados com duas *rationes*. Porém, é necessário deixar claro que, nestes casos, cada uma das *rationes* é considerada necessária ou suficiente para se chegar à solução do caso. Portanto, não se pensa em duas *rationes* quando há decisões contrapostas, ou melhor, uma decisão favorável ao vencido e outra ao vencedor. Para que haja duas *rationes*, ambas devem ser capazes de propiciar idêntico resultado, isto é, decisão que beneficia o autor ou decisão que beneficia o réu.

Em *Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd*, Devlin J., na condição de juiz de primeiro grau, fez interessantes ponderações acerca do assunto. Argumentou que, se o juiz apresenta dois fundamentos para a sua decisão, ambos são obrigatórios ou vinculantes. Não é possível escolher um fundamento, supondo-se o melhor, e ignorar o outro. Também não importa, para tal propósito, qual fundamento vem antes e qual vem depois. Lord Simonds, em *Jacobs v. L.C.C.*, afirmou na *House of Lords* que não há justificação para considerar um fundamento dado pelo juiz para a sua decisão como *obiter dictum* apenas porque ele também apresentou outro fundamento. Em *Commissioner of Taxation for New South Wales v. Palmer*, Lord MacNaghten advertiu, na mesma linha, ser impossível tratar uma proposição que a Corte declarou ser um claro e suficiente fundamento para a sua decisão como *obiter dicta*.⁴⁶

Porém, no sistema do *common law* há inescandíveis problemas em se admitir uma decisão com duas *rationes*, ainda que cada uma delas possa constituir base necessária e suficiente para se dar ao caso idêntica solução. Há preocupação em outorgar ao juiz uma latitude de poder que lhe permita indevidamente influir sobre o futuro desenvolvimento do direito. Note-se que, se um julgado pode se fundar em várias *rationes*, o juiz pode definir inúmeras regras que, a partir daí, terão de ser respeitadas pela magistratura e consideradas pelas partes e pelos advogados.⁴⁷

46. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 38, 54 e 87.

47. Deriva daí, igualmente, a impossibilidade de a *dicta* ser considerada vinculante. "A distinção entre *ratio decidendi* e *dictum* limita a taxa em que novo direito pode ser criado, a qual é importante no que diz respeito à manutenção do equilíbrio de obediência ao precedente [*precedent-obeying equilibrium*]. Os juízes devem aguardar, para criar novo direito, até que casos apropriados cheguem à sua apreciação, e somente a *ratio decidendi* ou *holding*, a matéria de direito essencial e decisiva do caso, constitui precedente vinculante. *Dicta*, soluções irrelevantes para a solução do caso, são, por convenção, não vinculantes para futuros juízes, ainda que, tal qual os escritos de qualquer pessoa, possam ser consideradas como argumentos. Se as *dicta* fossem vinculantes, um juiz poderia criar uma quantidade ilimitada de novo direito" (RASMUSEN, Eric. *Judicial legitimacy as a repeated game*. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, abr. 1994, p. 63-83).

Além disso, se a Corte posterior tem poder para escolher entre uma das *rationes*, afirma-se que esta não está propriamente obrigada a seguir o precedente, mas apenas a uma das *rationes*, e, o que é mais grave, aquela que, segundo a sua livre convicção, lhe parece a mais adequada. Nesta hipótese, a Corte subseqüente estaria a criar o precedente, em vez de seguir o precedente antes criado.⁴⁸

Inversamente, se o caso deve ter apenas uma *ratio*, seria possível conceber a *ratio* como o primeiro fundamento. O raciocínio seria o de que, como a primeira *ratio* é suficiente para a solução do caso, o segundo fundamento seria supérfluo ou desnecessário, e, portanto, *obiter dicta*.

Contra a tese de que a Corte que está com o caso sob julgamento deve poder delimitar, entre dois fundamentos firmados em precedente, aquele que lhe parece adequado, argumenta-se que isto eliminaria os benefícios proporcionados pelo sistema de precedentes, especialmente a segurança jurídica e a previsibilidade.

Alega-se, ainda, que, se a Corte pode ver em um fundamento *ratio* e no outro *obiter dicta*, estar-se-ia admitindo que ela pode negar um *ratio* sem a devida justificada ou realizar um *overruling* destituído de fundamento.⁴⁹ De qualquer forma, responde-se com a alegação de que se a definição da *ratio* em tais termos é indicativo de arbitrariedade judicial, toda decisão ancorada em uma *ratio* poderia ser taxada de arbitrária se, em tese, pudesse haver mais de um fundamento capaz de permitir o alcance da mesma decisão.

Aliás, em alguns casos as Cortes estadunidenses procedem de forma inversa, dizendo-se vinculadas por razões que, até então, eram vistas como *obiter dictum*, e, portanto, não tinham qualquer efeito obrigatório. Assiste-se, nessas hipóteses, a um fenômeno de assimilação do *dictum* como *ratio*, falando-se em *ratio* alternativa ou em "*alternative holding*".⁵⁰

De modo que há discussão no *common law* sobre a natureza dos vários fundamentos que, em princípio, seriam capazes de permitir o alcance de idêntica solução.⁵¹ Note-se que essa discussão deriva de uma circunstância

48."Quando juízes identificam a *ratio* de um caso antecedente em que se apresenta possível mais de uma *ratio*, eles podem, de fato, estar criando direito, em vez de o seguindo" (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 75).

49.CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 88.

50.Ver, citando *Highland Falls v. State*, SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States*, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*, cit., p. 385.

51.Porém, como escreve Margaret Kniffin, as decisões da Suprema Corte em que os juízes concordam com um único resultado por diferentes razões têm reduzido valor como precedente. (KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals*, *Fordham Law Review*, 1982, p. 56).

peculiar ao *common law*. A dificuldade em ver um julgado com várias *rationes decidendi* tem a ver com a ideia de que o precedente, no *common law*, reflete a solução do caso e não a solução das questões nele envolvidas. Mediante os precedentes, os jurisdicionados e as Cortes subsequentes são informados de como os casos devem ser julgados. Quando se insiste na ideia de uma única *ratio decidendi*, seja ela o primeiro fundamento, seja ela a que, a partir da leitura da linguagem do anterior julgado, for definida pela Corte que está com o caso em mãos, demonstra-se que a única preocupação existente diz respeito à solução do caso. Ora, se houvesse preocupação em cristalizar, mediante precedente, a solução de dada questão jurídica versada no caso, não haveria razão para negar a qualidade de *ratio decidendi* às razões que, por exemplo, examinam causa de pedir cumulada.

Perceba-se, aliás, que quando a doutrina afirma, com preocupação, que o poder de escolha de uma das *rationes* faz com que a Corte crie novo precedente,⁵² revela-se claramente que o precedente, no *common law*, dirige-se a permitir a resolução de casos e não de questões que podem importar à solução de casos.

2.5 Particularidade do common law: a *ratio decidendi* como solução do caso

Contudo, certamente não é por acaso que, na tradição do *common law*, a *ratio decidendi* sempre foi ligada com a solução do caso e não com a análise das várias questões que podem ser discutidas no âmbito do tribunal.

É preciso não esquecer que o sistema do *common law*, ao se ancorar no *stare decisis*, sempre se pautou pelos julgamentos dados aos casos. Quando é invocado o caso X ou o caso Y, são chamadas as *ratio decidendi* desses casos. Assim, é possível dizer que o *stare decisis* ou o sistema de precedentes do *common law* é um sistema de casos (*case law*).

De modo que não é de estranhar que a *ratio decidendi* nunca tenha sido ligada às decisões favoráveis à parte vencida, como as proferidas em *Perry v. Kendrick's Transport* e em *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, ou mesmo às decisões favoráveis ao vencedor, mas que não são necessárias para se chegar à solução do caso.

Mais visível, para demonstrar que o *stare decisis* é um sistema de casos, é a tendência de negar a qualidade de *ratio decidendi* às decisões acerca de questões que, isoladamente, poderiam conduzir a uma solução favorável, quando o caso foi resolvido mediante a análise de outra questão. Nessas situações,

52. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 75.

aliás, chega-se a admitir que a Corte inferior pode se considerar obrigada em face das razões não necessárias à solução do caso, as quais, então, deixam de ser vistas como *dicta* e passam a ser consideradas uma *ratio decidendi* alternativa. Assim, se, por exemplo, a solução da Corte em relação à segunda questão é desnecessária, uma vez que a solução da primeira foi suficiente para definir o caso, aquela é *obiter dicta* e, portanto, não vincula as Cortes inferiores. Mas há casos, nos Estados Unidos, em que a Corte considera-se vinculada pela solução dada à questão que não é necessária ou suficiente – em princípio um *dictum* –, que então é considerada uma *ratio* alternativa.⁵³

Compreendem-se melhor, dessa forma, os desabaços de alguns doutrinadores do *common law* quando se deparam com questões ampla e profundamente discutidas pelas Cortes, muitas vezes decididas à unanimidade, que tecnicamente são consideradas *obiter dicta* apenas por não constituírem passo necessário ou suficiente à resolução do caso. Cross, ao constatar que, em *Perry v. Kendrick's Transport*, a Corte decidiu a primeira questão em favor do recorrido *sem* que isso fosse necessário para se chegar a solução positiva ao recorrente, exclamou que é difícil acreditar que um juiz de primeiro grau vá se sentir livre para desrespeitar tal decisão,⁵⁴ embora ela seja tecnicamente *obiter dictum*.

No sistema brasileiro, em que a força dos precedentes nada deve à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à solução que é dada ao caso. Assim, por exemplo, em uma ação rescisória julgada procedente, nada impediria que as razões que serviram para rejeitar uma das causas de pedir assumissem a qualidade de *ratio decidendi*. Ora, o mesmo motivo que estimula à obrigatoriedade das decisões que resolvem os casos está presente quando se está diante de decisões que, embora sem solucionar os casos, emprestam significado a questões frequentemente discutidas no Judiciário.

2.6 A consideração dos julgados anteriores. A importância da adequada visualização da *ratio decidendi*

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte,

53.Tratando desta mesma situação e citando *Highland Falls v. State*, Robert Summers fala em “alternative holding” (SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States*, in: *Interpreting Precedents: a comparative study*, cit., p. 385).

54.Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 82.

sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*, bem como o que significa *obiter dictum*.

O problema é que nem sempre é fácil definir os contornos da *ratio decidendi*. Na doutrina do *common law* inglês, Rupert Cross oferece o exemplo do tratamento de *Barwick v. The English Joint Stock Bank* em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*⁵⁵

Em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, discutiu-se a respeito da questão da responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado durante o serviço. Mais precisamente, sobre a responsabilidade do banco por ato fraudulento do seu gerente, que prejudicou alguém que obteve uma garantia inútil ou insuficiente. Na Corte, após a decisão do juiz de primeiro grau em favor do empregador, o Juiz Willes J. declarou: "Mas, em relação à questão de se o empregador é responsável pelos atos do seu empregado no curso do serviço, e em benefício do empregador, nenhuma distinção sensível pode ser feita entre o caso de fraude e o caso de qualquer outra falta. A regra geral é a de que o empregador é responsável por toda falta do empregado ou agente praticado no curso do serviço e para o benefício do empregador, embora não seja provado comando ou ordem expressa do empregador".⁵⁶

No caso, não houve dúvida de que o ato fraudulento praticado pelo gerente beneficiou o banco. Porém, problematizou-se, em julgamento posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, sobre a exata extensão da *ratio decidendi* do caso *Barwick*. Considerando-se as palavras do Juiz Willes J., proferidas em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, verifica-se a alusão de que o ato ocorrera "em benefício do empregador". Pois bem, o problema, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, era justamente o de saber se a *ratio decidendi* do caso *Barwick* se limitava a declarar a responsabilidade do empregado pelos atos praticados em benefício do empregador ou se, de forma mais abrangente, declarava a responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo empregado no curso do serviço.⁵⁷

Note-se que a adequada interpretação do primitivo precedente era fundamental para se saber o exato alcance da responsabilidade então declarada. Definição restritiva da *ratio decidendi* tornaria o precedente do caso *Barwick* favorável ao empregador em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* Isso porque, no caso *Lloyd*, o empregador se defendeu alegando que o ato fraudulento, praticado pelo seu empregado, não lhe trouxe nenhum benefício.

No caso *Lloyd*, o juiz de primeiro grau decidiu contra o empregador, a Corte de Apelação reformou a decisão recorrida, mas a *House of Lords* acolheu o recurso da vítima, declarando que o empregador é responsável pelas fraudes

55. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 42.

56. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 42.

57. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 43.

praticadas pelo seu empregado durante o emprego. Para prover o recurso, a Câmara dos Lordes foi obrigada a interpretar o precedente do caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, especialmente as palavras de Willes J., descritas acima. Lembre-se que Willes J. aludiu ao fato de que o ato fraudulento, em *Barwick*, beneficiou o banco. Não obstante, a *House of Lords* entendeu que essa alusão foi meramente acidental diante dos fatos que estavam à vista de Willes J., não constituindo parte da *ratio decidendi*. A *House* chegou a esta conclusão depois de atenta análise do precedente do caso *Barwick*, visto em sua globalidade. Além disso, a *House* interpretou a linguagem de Willes J. considerando o que foi dito, em julgamentos posteriores, por outros membros da Corte que julgou *Barwick*.⁵⁸

Tudo isso demonstra que a Corte subsequente, para aplicar um precedente, necessita definir o que realmente a obriga, vale dizer, precisa ter delineada a *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve atentar não só para a linguagem do precedente, para a questão de direito discutida e para os fatos que nele estiveram presentes, mas também para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente, que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob interpretação.

Assim, o caso *Barwick*, além de essencial para a compreensão da importância da definição exata da *ratio decidendi*, permite que se tenha em vista a relevância dos casos posteriores para a identificação do significado das declarações contidas nos precedentes. Veja-se até mesmo que, após a decisão em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, ficou bastante claro o significado da *ratio* do caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*.

2.7 A formação paulatina da *ratio*

Mostrou-se a importância e a necessidade da interpretação da *ratio decidendi* e que os julgados posteriores podem servir como instrumentos para o seu esclarecimento. Algo diferente ocorre quando um julgamento ou julgamentos posteriores agregam conteúdo a uma anterior *ratio decidendi*, dando-lhe outra conformação. Nesta hipótese não há interpretação da antiga *ratio*, mas sim formação paulatina da *ratio*, que vai ganhando corpo à medida que os julgamentos vão sendo proferidos.⁵⁹

A dessemelhança pode ser mais bem compreendida a partir da distinção entre o ato do fotógrafo e a atividade do pintor. Embora o fotógrafo possa retratar e dar significado peculiar à paisagem, atribuindo-lhe interpretação, é

58. Cross, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 43.

59. Ronald Dworkin compara o delineamento da *ratio decidendi* com um romance que vai sendo escrito em capítulos (DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation*. *Texas Law Review*, vol. 60, p. 527-550).

certo que a fotografia congela a interpretação do passado, enquanto que o pintor vai, com o passar dos dias, dando forma e significado a sua pintura, até terminá-la. Caso se parta da premissa de que a interpretação sempre gera uma nova *ratio*, tornando a *ratio* interpretada sem autoridade, reduz-se a importância da distinção que foi feita. Mas será verdade que a interpretação da *ratio*, em um novo caso, destitui o significado do caso pretérito e a autoridade da sua *ratio*?

É certo que a interpretação, mais do que dizer o significado, pode ampliar ou reduzir um pretendido significado. Como ampliar e reduzir são atos que convivem com uma porção de significado que existia e que, mesmo com a ampliação ou com a redução, se mantém, não há como concluir que a *ratio*, depois de interpretada, deixa de ter qualquer autoridade e que o caso de que provém perde importância.

De qualquer forma, pretende-se falar aqui da necessidade de *novos* significados e não de esclarecimento de significado. Suponha-se, por exemplo, que em um caso, em que foi expressa de forma clara e precisa a *ratio*, não tenha sido enfrentada determinada questão de direito, que, se acolhida, pode reduzir ou ampliar a *ratio* primitiva.

Nessa situação, embora também se mantenha porção da primeira *ratio*, a sua alteração provém não da necessidade de esclarecimento, mas da imprescindibilidade de enfrentamento de uma nova questão. Não há acréscimo ou redução em virtude da necessidade de esclarecer, mas da imperiosidade de complementar. E não se pense que a complementação exclui a redução, podendo se dar somente pela ampliação. Na verdade, quando a completa solução do caso exige o enfrentamento de outra questão, o verbo reduzir não é incompatível com a ideia de complementar.

Note-se, ademais, que isso não se confunde com uma revogação ou *ouerruling*, já que a *ratio* é alterada, mas não perde a sua autoridade.

2.8 A interpretação da *ratio*: os pontos de direito

Para identificar o ponto de direito que faz parte da *ratio decidendi*, ou seja, que tem força obrigatória, é preciso analisar, em primeiro lugar, a apresentação do caso pela Corte. Para tanto, importa verificar o que a Corte disse acerca das alegações das partes, em relação aos fatos que dão composição ao litígio, a respeito das provas e, enfim, sobre os pontos de direito envolvidos.

Na fundamentação da Corte, será necessário investigar a maneira como os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos. Os pontos de direito que realmente importam são aqueles que, não apenas lembrados pela Corte, são relacionados com os fatos, de forma a se constituírem na base para a solução do caso.

É neste sentido que se diz que o ponto de direito tem de ser necessário ou suficiente para a solução do caso. Sublinhe-se que o ponto de direito tem de ser suficiente para a específica solução dada ao caso. É por tal motivo que não constitui *ratio decidendi*, no *commom law*, o fundamento que, embora detidamente analisado, é suficiente para decisão que pronuncia a competência da Corte, mas não soluciona o caso. Ainda por exemplo, é pelo mesmo motivo que as razões que rejeitam argumento elaborado pela parte, que, com base em outro fundamento, obteve solução favorável, não constituem *ratio decidendi*.

De qualquer forma, identificar o ponto de direito não é o mesmo que estar de posse de metodologia que permita saber se o ponto de direito contido na *ratio decidendi* do precedente se aplica a um novo caso sob julgamento. Isso se dá fundamentalmente porque, qualquer que seja essa metodologia, ela nunca se eximirá da comparação entre os fatos que dão composição aos dois casos.

2.9 A interpretação da ratio: os fatos que dão composição ao caso e os que foram considerados na decisão

Se o sistema de precedentes, e, portanto, a *ratio decidendi* e a sua força obrigatória, objetiva que casos similares sejam decididos de igual modo, quanto mais se aproximam os fatos de dois casos maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo.

Essa ideia tem presente a obviedade de que os fatos nunca se repetem e nunca podem ser ditos absolutamente iguais.⁶⁰ É por isso que se fala em “probabilidade” de aplicação do precedente e em “maior aproximação” dos fatos. Portanto, para a conclusão acerca da adoção de um precedente, é imprescindível tratar da proximidade dos fatos que dão composição aos casos em cotejo.

Há diferença entre “fatos do caso” e “fatos tomados como fundamentais pela decisão”. É possível ver, na fundamentação, os fatos que foram considerados fundamentais para se chegar à decisão. Porém, nem sempre é fácil qualificar os fatos que, fazendo parte do caso, foram omitidos pela decisão. Estes, por presunção, são considerados não fundamentais.

Lembre-se de *Rylands v. Fletcher*, tratado por Goodhart. No caso em que um empregado foi contratado para construir reservatório de água que, mais tarde, vazou sobre a área do vizinho do proprietário-contratante, os fatos do caso ainda incluíam o fato de que o empregado agira com negligência. Porém, a

60. “Não há dois eventos exatamente iguais. Para que uma decisão seja precedente para outra não há necessidade de que os fatos dos casos anteriores e posteriores sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, nada seria precedente para nenhum outro caso”. (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).

Corte se omitiu a respeito deste fato, tendo considerado apenas i) a propriedade do reservatório de água e ii) que este vazou sobre as terras do vizinho, causando-lhe danos. Goodhart, certamente a partir da visualização da decisão em sua globalidade, advertiu que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, considerando-o implicitamente não fundamental. Por isso, a *ratio decidendi* teria aclamado a doutrina da “*absolute liability*”.⁶¹

Deixando-se de lado a questão dos fatos fundamentais e não fundamentais, torna-se indispensável perceber que os fatos do precedente sempre podem ser enquadrados em determinada categoria – mais restrita ou mais ampla –, em conformidade com as razões que serviram de base à decisão.

Para se proceder a tal enquadramento, é necessário tomar em conta especialmente a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que podem identificar as categorias em que os fatos se inserem. É possível identificar o produtor de suco de laranja como produtor de sucos ou como produtor de bebidas ou ainda de gêneros alimentícios. Alguém pode ser visto como consumidor, como membro de certa religião, como intelectual, como honesto etc., dependendo da situação pragmática em que está inserido.

Acontece que o enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada à segunda, depende da análise cuidadosa das razões contidas na decisão, pois são estas que não só podem justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, como também a inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente.⁶²

Ao se olhar para as razões da decisão é preciso identificar a cultura e o modo de viver da época e do lugar do caso que deu origem ao precedente. Isso porque, como é sabido, a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores podem variar conforme as épocas e os lugares.

Contudo, como esse enquadramento, ainda que dependente das razões do precedente, requer racionalidade jurídica, aquele sempre dependerá, em maior ou menor medida, da justificativa apresentada na decisão que aplicou o precedente. Na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma mesma categoria. Em outras palavras, deve haver razão para assimilar fatos, procedendo-se ao seu enquadramento em uma mesma categoria.

61. GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case, *Essays in jurisprudence and the common law*, cit., p. 17-18.

62. “... é cristalino que a relevância de um precedente anterior depende de como caracterizamos os fatos presentes no caso anterior” (SCHAUER, Frederick. Precedent, *Stanford Law Review*, v. 39, 1987, p. 575).

Deixe-se claro, porém, que os fatos somente devem ser distanciados, quando a princípio ou aparentemente pertencentes a uma mesma categoria, se as razões do precedente fizerem ver que se está diante de contextos diversos.

Assinale-se, por fim, que a força de um precedente, ou a extensão que ele pode atingir, depende do tamanho ou da latitude da categoria em que os seus fatos fundamentais se inserem. Sem dúvida, quanto mais larga for a categoria a que pertencem os fatos do precedente, mais ampla será a área de sua aplicação.

3. *Elaboração do conceito de ratio decidendi no direito brasileiro*

3.1 *A importância dos fatos e os precedentes interpretativos*

Atualmente, os casos do *common law* frequentemente têm respaldo em normas legais infraconstitucionais ou em precedentes, e, quando constituem *hard cases*, fundamentam-se em princípios de direito, em sua maioria de estatura constitucional. De modo que os casos não são estruturados apenas em fatos ou dependem de uma solução exclusivamente fundada nos fatos.

Isso, porém, não retira do sistema do *common law* algo que é peculiar à sua própria tradição. O direito jurisprudencial dá grande relevo aos fatos do caso, seja quando da elaboração do precedente, em geral nos *hard cases*, seja quando da análise e da aplicação dos precedentes.

Como se pôde perceber nos itens anteriores, a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento. Tanto é assim que, para alguns doutrinadores, a *ratio decidendi* é identificada a partir dos fatos do caso e não das razões utilizadas para justificar a solução encontrada. Lembre-se que o célebre método de identificação da *ratio decidendi* proposto por Goodhart, ainda hoje considerado no ambiente do *common law*, exige a determinação dos fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, a identificação de quais desses fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.⁶³

No *civil law*, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. Isso é facilmente explicável. A tradição do *civil law* acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor.

63. GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, *Essays in jurisprudence and the common law*, cit., p. 15.

É claro que a suposição de que os fatos sempre estariam enquadrados na lei tem relação com a ideia de subordinar o Judiciário ao Legislativo. Com isso se pretendia evitar que o juiz declarasse qualquer outra coisa que não as palavras contidas na lei. Nessa dimensão, é absolutamente correto dizer que o *common law*, ao contrário do *civil law*, cria o direito, ou seja, decide apenas a partir dos fatos do caso, não importando que não haja lei ou precedente.

Note-se, porém, que em tal dimensão está a se pensar nas tradições de *civil law* e de *common law* e não nos sistemas de *civil law* e de *common law* contemporâneos. No atual direito estadunidense, além de existir grande profusão de leis,⁶⁴ os precedentes passaram a interpretar normas e, em especial, princípios, inclusive de natureza constitucional.

Nesse sentido, recorde-se que importante doutrina estadunidense, capitaneada por Ronald Dworkin, sustenta que a dignidade da decisão judicial não está na criação do direito pelo juiz, mas na possibilidade de este decidir a partir de princípios e fundamentos.⁶⁵ Essas decisões – que afirmam princípios ou direitos fundamentais – podem ser vistas como construtivistas ou interpretativistas, dependendo do lugar de que se parte ao analisá-las. Tendo como base a premissa de que não se pode tomar em conta princípios para afirmar um direito não expresso, a decisão que assim o fizer será vista como criadora do direito; mas, ao se admitir que o juiz deve considerar princípios e concretizar direitos, a decisão será compreendida como interpretativa.

De outro lado, é importante ter em conta o que dizem MacCormick, Bankowski, Morawski e Ruiz Miguel, em importante artigo sobre os precedentes no direito comparado, quando tratam da repercussão das decisões da Corte Europeia de Justiça perante as Cortes dos Estados-membros. Nessa abordagem, os eminentes teóricos do direito advertem que, nas decisões que enfrentam questões constitucionais e aplicam cláusulas gerais, a prestação judicial constrói princípios e lhes confere efeitos concretos, tornando-se artificial, ou até mesmo fictício, tentar desenhar uma linha demarcatória entre os precedentes interpretativos e os de criação do direito.⁶⁶

Atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de *common law* e *civil law*, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a

64. V. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 27 e ss.

65. Lembre-se que o cosmos normativo da concepção constitucionalista do direito é mais abrangente do que aquele tradicionalmente concebido pelo positivismo. V. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 273.

66. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent. Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 485.

importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa.

É interessante perceber que a nova dimensão de poder atribuída ao juiz de *civil law*, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema. Como o princípio não se limita a emoldurar fatos e atribuir-lhes consequência jurídica, tendo textura mais aberta e escopo mais generalizado, a racionalização da sua adoção exige a detida identificação das particularidades fáticas do caso concreto. Ademais, as cláusulas gerais, diante do seu próprio propósito, não podem ter a sua aplicação justificada de maneira racional sem a identificação dos fatos sobre os quais estão a incidir.

Mas a importância que os fatos assumiram no sistema de *civil law* contemporâneo não deriva apenas desses fatores. A superação da ideia de que o juiz está subordinado à letra da lei permitiu a percepção da relevância dos fatos para a identificação da norma que lhes deve dar regulação, bem como da necessária interação entre os fatos e as normas jurídicas, fazendo frutificar uma nova hermenêutica, em tudo preocupada com tais circunstâncias.

De qualquer forma, o que se pode frisar, em conclusão, é que, embora os fatos tenham assumido outra conotação no *civil law* atual, o juiz brasileiro evidentemente não está na mesma posição do juiz da tradição do *common law*, e, portanto, não tem a mesma dificuldade em identificar os fatos, até porque, aplicando-se ao caso regras jurídicas, os fatos são por elas previamente selecionados e determinados. Além disso, é importante deixar claro que a circunstância de o precedente, no direito brasileiro, ter natureza interpretativa não lhe retira a dignidade e a importância operacional, bem como a sua notável relevância em face da igualdade, da segurança jurídica, da previsibilidade e da otimização da administração da justiça.

3.2 Particularidades dos precedentes no direito brasileiro: as decisões que tratam exclusivamente de questão de direito e as decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade

Os precedentes, no direito brasileiro, têm particularidades, especialmente aqueles que se formam em recursos especial e extraordinário e no controle concentrado de constitucionalidade. Embora as decisões proferidas em recurso especial e recurso extraordinário sejam tomadas em casos concretos, esses recursos são restritos à valoração de questões de direito ou de teses jurídicas, o que confere a estes precedentes natureza genuinamente interpretativa.

Tanto as decisões proferidas em recurso especial como aquelas tomadas em recurso extraordinário limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição Federal, respectivamente. A natureza de “precedente interpretativo” das decisões tomadas nesses recursos ficou ainda mais evidente

com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo do recurso repetitivo.

Não há dúvida de que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isso, muitas vezes terão de ser consideradas ao se analisar a aplicação do precedente a casos subsequentes. Entretanto, a peculiaridade desses precedentes é a de que as suas “razões de decidir” são assimiláveis exclusivamente a partir das razões de direito dadas pela Corte ao decidir.

Tratando-se de controle concentrado, o fio condutor que proporciona ampla discussão das teses jurídicas nessa sede é a ideia de processo objetivo. Não havendo necessidade de se pensar em partes e de se julgar um “caso concreto”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concentra-se na controvérsia constitucional e em seus efeitos. Tal técnica de julgamento permite um foco maior em questões que extrapolam o individual para atingir toda a coletividade. Nessas hipóteses, ao se atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, cria-se precedente em tudo assimilável àqueles do Tribunal Constitucional alemão.⁶⁷

Os precedentes do controle concentrado se limitam a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional, declarando a sua (in)constitucionalidade. O controle é em tese e com caráter objetivo. Ao contrário daqueles oriundos de recurso especial e extraordinário, tais precedentes não são individuais e concretos.

De qualquer forma, ainda que o objeto do controle concentrado seja uma norma abstrata e geral, o precedente que aí se forma inegavelmente assume particularidade, a refletir a individualidade da norma confrontada. A decisão de (in)constitucionalidade, em virtude dos seus efeitos gerais e obrigatórios, naturalmente aplica-se a casos futuros. O problema é que, ao se considerar apenas a parte dispositiva da decisão e, assim, a específica norma questionada, simplesmente se retira da decisão de inconstitucionalidade a força de precedente. Isto quando se tem em conta o que realmente caracteriza uma decisão como precedente, ou seja, a sua *ratio decidendi*. Ora, a decisão de inconstitucionalidade apenas constituirá precedente, no sentido de regra judicial que outorga estabilidade à ordem jurídica e segurança jurídica aos

67.No direito alemão, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro e no direito estadunidense, o Tribunal Constitucional Federal (*Das Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) alemão exerce um controle monopolístico sobre a constitucionalidade dos atos normativos (*monopolisierten Normenkontrolle*), denominado de *Verwerfungsmonopol* (cf. GRIMM, Dieter. *Die Verfassung und die Politik – Einsprüche in Störfällen*. München: C. H. Beck, 2001. p. 206). As decisões do *BVerfG* têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, conforme o § 31, 1, da Lei do Tribunal Constitucional alemão, .

cidadãos, quando for considerada a partir da sua *ratio decidendi* ou, em outra terminologia, dos seus “motivos determinantes”.

Para que norma similar possa ser abrangida por precedente oriundo de decisão de (in)constitucionalidade, é preciso identificar a sua *ratio decidendi* ou, o que é o mesmo, atribuir eficácia vinculante aos seus motivos determinantes. Se não for assim, em caso de decisão de inconstitucionalidade não haverá sequer razão para falar em precedente. Só há sentido em pensar em *ratio decidendi* ou em precedente obrigatório quando se almeja abarcar casos similares. Daí porque o *verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la.*

Pois bem, tratando-se de controle concentrado os “casos similares” dizem respeito a “normas similares”, motivo simples pelo qual a ideia de que a eficácia vinculante deve ficar restrita ao dispositivo não tem qualquer sentido. Para se ter precedente ou se pensar em *ratio decidendi* é necessário extrair as razões de decidir da fundamentação da decisão de inconstitucionalidade. É a única forma de se dar verdadeira eficácia à decisão de inconstitucionalidade, ao menos enquanto se tem como importante que elas tutelem a ordem constitucional e a garantam a segurança jurídica e a igualdade.

Ademais, considerando-se a *ratio* das decisões de inconstitucionalidade, outro valor passa a ser dado aos fatos, pois é possível que os fatos abrangidos pela norma declarada inconstitucional e pela norma sob julgamento possam ter de ser identificados ao se decidir pela aplicabilidade do precedente diante da norma apontada como similar.

3.3 A *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos

Já foi demonstrado que a *ratio decidendi*, no âmbito do *common law*, é vista como passo necessário à específica solução dada ao caso. No direito brasileiro, contudo, a conformação da *ratio decidendi* não necessita e não deve sofrer igual restrição.

O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de assegurar coerência ao direito, segurança jurídica e igualdade não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes.

As questões preliminares, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes

a serem observados no futuro. Assim, por exemplo, a decisão acerca da competência da Corte para decidir determinada matéria, a decisão sobre hipótese de admissibilidade de recurso ou a decisão a respeito de pressuposto para o manejo da ação rescisória, para não se falar de inúmeras outras situações, todas elas carentes de estabilização por meio de precedentes.

Também não há motivo racional para excluir da classe dos precedentes as decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte que, ao final, restou vencida. Suponha-se, por exemplo, que a Corte admita parcialmente o recurso e, no mérito, lhe dê provimento, ou que a Corte negue a decadência da ação rescisória e, após, a julgue improcedente. Nada impede que, em tese, as decisões respeitantes a essas situações se comportem como importantes precedentes.

No caso de pedidos cumulados, é possível ter tantos precedentes quantos sejam os pedidos, considerando-se, evidentemente, a espécie de cumulação. Quando a cumulação é simples,⁶⁸ em que os pedidos podem ser julgados autonomamente, independentemente do resultado atribuído a cada um, haverá sempre a chance de se formarem tantos precedentes quantos sejam os pedidos, não importando se todos forem julgados procedentes, todos forem julgados improcedentes, ou um ou alguns forem julgados procedentes e outros não.

Na hipótese de cumulação sucessiva, quando o segundo pedido, para ser apreciado, depende da procedência do primeiro, poderão se formar dois precedentes – não importando o resultado do segundo – ou um precedente – no caso em que o primeiro pedido for julgado improcedente.

Se a cumulação for alternativa, situação em que o segundo pedido é realizado para a eventualidade de o primeiro não poder ser acolhido, abrir-se-á ensejo a apenas um precedente, isto é, ou o resultante da procedência do primeiro pedido ou daquele alternativo ou o que se estabelecer com a improcedência do pedido.

Tratando-se de pedido ancorado em várias causas de pedir, a formação dos precedentes dependerá do número de causas de pedir apreciadas. Assim, por exemplo, no caso de ação rescisória, podem ser analisadas várias causas de pedir até que se julgue procedente o pedido com base em uma delas, ou podem ser enfrentadas várias causas de pedir até que se acabe por julgar improcedente o pedido.

O tribunal pode, por exemplo, rejeitar duas causas de pedir da ação

68.V. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – v. 2 (Processo de conhecimento)*, 10ª. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

rescisória por três votos contra dois e acolher uma das causas de pedir pela mesma votação. Não importa se todos os juízes votaram – consideradas as duas causas de pedir – pela improcedência do pedido, ou seja, se os juízes A, B e C rejeitaram a primeira causa de pedir e os juízes D, E e novamente o juiz A votaram pelo não acolhimento da segunda causa de pedir. O que interessa, para determinar a procedência, é se no mínimo três juízes, sejam eles quais forem, acolheram a terceira causa de pedir.

É interessante lembrar – uma vez que intimamente ligado ao tema da individualização da *ratio decidendi* – que são frequentes os equívocos cometidos em sede de ação rescisória quando da tomada dos votos proferidos pelos membros do órgão colegiado. A proclamação do resultado do julgamento deve considerar o número de causas de pedir sustentadas pelo autor. Se a ação rescisória se funda, por exemplo, em erro de fato e na violação literal das normas X e Y, inexistente resultado de procedência se, dos cinco juízes, dois julgam a ação rescisória improcedente, um declara ter ocorrido erro de fato, outro afirma ter sido violada a norma X e o último a norma Y. Neste caso, existem três ações rescisórias cumuladas, tendo se chegado ao resultado de 4 x 1 em favor da improcedência em cada uma delas.

Porém, apenas é possível pensar em *ratio decidendi* quando todos os membros do órgão analisam a causa de pedir. Assim, se uma causa de pedir é rejeitada por três votos a dois e a outra é acolhida por igual contagem, há como individualizar duas *rationes decidendi*. Contudo, se dos cinco juízes dois julgam a rescisória improcedente e cada um dos outros três acolhe causa de pedir distinta, é preciso que as três causas de pedir, cada uma delas rejeitada por quatro votos a um, tenham sido efetivamente discutidas por todos os juízes para que possam dar origem a *rationes decidendi*.

3.4 Novo fundamento e aplicação do precedente. Aplicação do precedente sem a invocação do seu fundamento. Da eficácia preclusiva da coisa julgada à necessidade de identificar os casos

Elemento integrante da ação e requisito necessário da petição inicial, a causa de pedir é constituída pelas alegações de fato e pelas razões jurídicas que justificam o pedido de tutela jurisdicional do direito. Em outros termos, trata-se de apresentar um fato e de demonstrar o seu nexa com o efeito jurídico pretendido.

Se é certo que o juiz não pode decidir fora da causa de pedir, o problema é saber o que está dentro da causa de pedir. A pergunta a respeito do que está inserido na causa de pedir, em determinada perspectiva, tem íntima relação com o chamado princípio do deduzido e do dedutível ou com a eficácia preclusiva da coisa julgada. Isso porque se reputa dedutível o que está inserido na causa de pedir. O que faz parte da causa de pedir, tenha ou não sido expressamente deduzido pelo autor, presume-se deduzido.

De acordo com o art. 474 do CPC, “passada em julgado a sentença de

mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Assim, todas as alegações deduzidas, bem como as dedutíveis – porque mantêm relação direta com o material da demanda, ainda que não tenham sido postas em juízo ou analisadas pelo juiz – presumem-se apresentadas pela parte e conhecidas pelo juiz.

Exatamente o mesmo problema é colocado quando se indaga a respeito das alegações que ficam preclusas, ainda que não deduzidas, após o trânsito em julgado. Assim, por exemplo, tratando-se de ação de despejo fundada em uso inadequado do imóvel, poderá o locador, em caso de improcedência, propor outra ação sob a alegação de não pagamento dos aluguéis? Proposta ação de ressarcimento sob a alegação de que o réu, ao colidir com o veículo do autor, desrespeitou o sinal vermelho, poderá o autor, tendo sido vencido na demanda, voltar a juízo alegando que o réu estava dirigindo embriagado? E se o autor descobrir que o réu agiu com dolo, tendo lhe causado prejuízo com intenção deliberada? Afinal, o que define as alegações que se tornam preclusas com o trânsito em julgado da sentença? Tais alegações seriam aquelas que dizem respeito à norma jurídica contemplada como fundamento para o pedido? Seriam apenas as circunstâncias acessórias, que acompanham o fato principal que compõe a causa de pedir?

É fácil perceber que, no exemplo da ação de despejo, a segunda ação é totalmente viável, já que baseada em outra causa de pedir. Na hipótese da ação de ressarcimento, não há como admitir a alegação posterior de que o réu estava embriagado, mas é possível nova ação fundada em dolo. Isso porque o estado de embriagado faz parte da causa de pedir consistente no fato de ter o réu agido com culpa, mas a intenção deliberada de trazer prejuízo não faz parte da primitiva causa de pedir, abrindo ensejo a ação sob a alegação de que o réu atuou com dolo.

Trata-se de questão de lógica. Uma vez que, na elaboração da petição inicial, devem estar presentes, a título de causa de pedir, somente os elementos relacionados ao específico fundamento – fatos jurídicos necessários e suficientes para ensejar certo efeito jurídico –, apenas os fatos relacionados a esta causa de pedir deverão ser deduzidos. Outros fatos, ainda que possam subsidiar outra causa de pedir, são totalmente impertinentes, e, assim, não podem figurar na narrativa apresentada na petição inicial e ser apreciados no julgamento da causa. Por conseguinte, sendo alegações alheias à causa de pedir, e assim não estando sujeitas à decisão judicial, não podem vir a ser consideradas preclusas diante do trânsito em julgado da sentença de mérito.

De modo que a preclusão, capaz de operar em razão do art. 474 do CPC, diz respeito apenas às alegações concernentes à mesma causa de pedir. Somente as alegações internas à causa de pedir são apanhadas por tal efeito preclusivo, de forma a se tornarem não dedutíveis em ação posterior. Nenhuma

questão não pertencente a uma específica ação, ainda que relacionada indiretamente a ela – porque correspondente a outra causa de pedir passível de gerar o mesmo pedido ou porque concernente a pretensão de outra parte sobre o mesmo objeto etc. –, pode ficar sujeita à eficácia preclusiva.

Por outro lado, o juiz, ao instruir o processo, não pode tomar em conta alegação não pertencente à causa de pedir. Assim, não cabe ao juiz, na audiência preliminar, fixar como controvertido um fato que não se relaciona com o fato principal ou com a causa de pedir.

Todavia, é chegado o momento de esclarecer a relação entre a delimitação dos fatos pela causa de pedir com o tema dos precedentes. Na verdade, o que se pretende saber, quando são frisadas as ideias i) de que as alegações contidas na causa de pedir reputam-se deduzidas e ii) de que as alegações nela não presentes não podem ser julgadas, é i) se a *ratio decidendi*, derivada de caso em que não se fez determinada alegação, aplica-se a caso posterior, em que esta alegação esteja sendo feita, e ii) se o juiz pode considerar fato não invocado na ação, mas considerado no precedente.

No *common law* faz-se raciocínio inverso. Importa verificar os limites da *ratio decidendi*, bem como a assimilação entre os fatos, para saber se esta incide sobre o caso sob julgamento. Recorde-se do caso *Rylands v. Fletcher*, em que Fletcher contratou empreiteiro para construir reservatório em sua propriedade, cuja água vazou e atingiu as terras do vizinho. Em casos posteriores, discutiu-se sobre o perfil da *ratio decidendi* formada neste caso, especialmente se a *ratio* firmou a doutrina da responsabilidade absoluta (*absolute liability*) ou se, para declarar a responsabilidade do proprietário, considerou a negligência do empreiteiro. Note-se que se a Corte, para declarar a responsabilidade, considerou a negligência do empreiteiro, ela não afirmou a responsabilidade objetiva do proprietário pelos danos decorrentes de atos gerados a partir da sua propriedade. Ela teria declarado a responsabilidade do proprietário por atos negligentes praticados pelo contratado em sua propriedade.

Goodhart, ao analisar *Rylands v. Fletcher*, entendeu que o fato de o empreiteiro ter atuado com negligência não constituiu fato material ou fundamental para a Corte decidir. A Corte, na verdade, teria ignorado a questão da negligência do empreiteiro, e, portanto, ao invés de responsabilizar o proprietário pela negligência do seu contratado, instituiu a doutrina da responsabilidade absoluta (*absolute liability*).⁶⁹

Assim, a questão da negligência, por não ser fato material, não importaria

69. GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, *Essays in jurisprudence and the common law*, cit., p. 17-18.

para a delimitação da *ratio decidendi*. Mas fato material não se confunde com fato essencial ou que dá base à causa de pedir. Fato material é um fato da causa, considerado a partir do raciocínio e das razões do juiz como fundamental à solução do caso. O fato material importa para delimitação da *ratio* e para a investigação a respeito da sua aplicação a caso subsequente. Mas não tem relevância para a identificação da coisa julgada e para a análise sobre a possibilidade da sua alegação em ação posterior.

Se o lesado, ao formular a ação de ressarcimento, alega que o proprietário é responsável porque o seu contratado agiu com negligência, o juiz não pode condená-lo se não ficar evidenciada e considerada a negligência como fator determinante do dano. Se a ação é proposta sob o fundamento de que o proprietário é responsável pelos atos derivados da sua propriedade, sem que se faça a alegação respeitante à negligência do contratado, o juiz não poderá condenar o proprietário em virtude da negligência. Há, nesta situação, duas causas de pedir distintas. A negligência do contratado não é simples fato que se insere na outra causa de pedir. De modo que, se o lesado não alegar negligência na primeira ação e receber sentença de improcedência, poderá propor outra ação de ressarcimento com base na negligência do empreiteiro contratado, o mesmo valendo para a hipótese de exclusiva alegação de negligência na primeira ação. Não há incidência do princípio do deduzido e do dedutível.

Note-se que a espécie técnico-jurídica fato material ou fundamental tem a ver com a necessariedade ou suficiência para se chegar à conclusão. Portanto, um fato pode ter sido alegado, e constituir causa de pedir autônoma, e não ser considerado como necessário ou suficiente, já que outro fato ou outra causa de pedir teria sido necessário ou suficiente para a decisão. Aliás, foi o que ocorreu em *Rylands v. Fletcher*, pois se ignorou a negligência ao se supor que bastaria, para a responsabilização, o fato de o dano advir do reservatório construído na propriedade de Fletcher.

Na verdade, a distinção entre a qualidade atribuída aos fatos (material e incluído na causa de pedir) repousa nas diferentes intenções em que estão envolvidos. Quando se indaga se um fato é material, deseja-se esclarecer os limites da *ratio decidendi* ou se o fato contido em caso posterior foi considerado no precedente. Se o réu se defende alegando que o seu contratado não foi negligente, obviamente interessa ao autor que a Corte que possui o caso nas mãos – a *instant Court*, nos termos do *common law* – entenda que a primitiva Corte não tomou em consideração a negligência para julgar. Enquanto isso, quando se pergunta se um fato integra causa de pedir, quer-se apenas esclarecer se tal fato está acobertado pela coisa julgada, ou melhor, pela eficácia preclusiva da coisa julgada, com a qual o princípio do deduzido e do dedutível tem estreita ligação e similitude. Se o réu alega as duas questões para responsabilizar o réu e recebe decisão final de improcedência, não lhe é possível propor ação com base em qualquer dos fatos. Mas se o autor alega causa de

pedir – por exemplo, a culpa do réu – e deixa de alegar fato que nela está integrado, a improcedência o impede de propor nova ação alegando o fato que poderia ter sido deduzido para evidenciar a culpa, aplicando-se o princípio do deduzido e do dedutível e incidindo a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Diante do que acaba de ser dito, a pergunta de se a *ratio decidendi*, derivada de caso em que não se fez determinada alegação, aplica-se a caso posterior, em que esta alegação esteja sendo feita, torna-se mais simples. Nessa situação não se fala de princípio do deduzido e do dedutível e de eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, pouco importa se a alegação que deixou de ser feita está ou não contida na causa de pedir da ação que deu origem ao precedente. Ora, não se está pretendendo fazer valer a coisa julgada, mas apenas aplicar a *ratio decidendi*. O fato que a Corte não considerou ao desenhar o precedente, tenha ou não sido alegado pela parte, constitui fato imaterial ou não fundamental, de modo que a *ratio decidendi* não lhe diz respeito. Quando essa alegação for feita em caso posterior envolvendo outras partes – exatamente por não estar obstaculizada pela eficácia preclusiva da coisa julgada ou pelo princípio do deduzido e do dedutível –, caberá realizar uma tarefa de distinção dos casos, demonstrando-se que a nova alegação, feita no caso sob julgamento, não foi considerada como fato material no primitivo caso, que deu origem ao precedente.

Com o *distinguished* a solução respeitante à aplicação da *ratio* pode variar. Caso a questão que se formou em razão da nova alegação possa ser vista de maneira autônoma, sem prejudicar a análise daquela já enfrentada no precedente, existirão duas questões, devendo o precedente ser aplicado para permitir ao juiz dar à questão, idêntica ou semelhante à já definida, a mesma solução. No entanto, se a nova alegação não formar questão autônoma, mas estiver presa ao fundamento apreciado no caso que deu origem ao precedente, não haverá como aplicá-lo. Na última hipótese, a nova alegação, ao exigir o *distinguished*, não deixa espaço para que a questão seja solucionada mediante a aplicação do precedente. Aqui, impõe-se o exame da mesma questão, mas a partir de outra perspectiva. Há um novo fato material ou fundamental, pouco importando se este fato estava ou não integrado na causa de pedir do caso primitivo. Isso simplesmente porque o princípio do deduzido e do dedutível apenas serve para se delimitar a coisa julgada material, que diz respeito à segurança jurídica entre as partes de um mesmo litígio, nada tendo a ver com a *ratio decidendi*, que objetiva assegurar a todo e qualquer jurisdicionado igualdade de tratamento perante o juiz.

Portanto, é sempre possível fazer nova alegação, respeitante à mesma causa de pedir da ação que deu origem ao precedente, para se tentar obter solução diversa daquela a que se chegou no caso em que instituída a *ratio*. Se o novo argumento ou fato mostrar que o caso sob julgamento é diverso, será feito o *distinguished*, deixando-se de aplicar o precedente. De outra parte, a indagação

de se o juiz pode considerar fato (fundamento) não invocado na ação, mas considerado no precedente, exige a verificação de se tal fato está embutido na causa de pedir da ação sob julgamento. Se o fundamento ou fato está presente na causa de pedir, embora não expressamente alegado pela parte, ele pode ser considerado pelo juiz. Tratando-se de fato que deve ser esclarecido mediante prova, o juiz pode fixá-lo como controvertido de ofício, na audiência preliminar, determinando a produção de prova para esclarecê-lo. Não obstante, se o fundamento considerado no precedente constitui causa de pedir distinta da apresentada pela parte na ação em desenvolvimento, o juiz obviamente não pode tomá-lo em conta para decidir.

A mesma lógica governa as alegações do réu. De acordo com o art. 300 do CPC, “compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”. O art. 302, um pouco depois, estabelece o ônus de o réu impugnar, na forma especificada, as alegações de fato do autor. Passada em julgado a sentença contrária ao réu, tudo o que por ele foi deduzido, ou poderia ter sido deduzido, reputa-se repellido, não mais podendo ser alegado para o efeito de se tentar subverter a decisão (eficácia preclusiva da coisa julgada). Frise-se que o art. 474 do CPC é expresso no sentido de que, ocorrido o trânsito em julgado, reputa-se deduzido e repellido não só o que o autor poderia invocar para o acolhimento do pedido, mas também o que o réu poderia opor à sua rejeição.

Assim, como incumbe ao réu apresentar todas as defesas para a rejeição do pedido, não poderá o juiz tomar em conta argumento ou fato que não faça parte da defesa, ainda que tenha sido expressamente considerada pelo tribunal quando da elaboração do precedente.

Contudo, o não acolhimento das alegações do réu, em determinado precedente, não impede que parte distinta alegue outro fundamento para convencer o tribunal de que a *ratio decidendi*, então elaborada, não pode ser aplicada ao caso sob julgamento. Novamente incumbirá à parte realizar a distinção dos casos, demonstrando que a nova alegação, feita no caso sob julgamento, não foi considerada como fato material no primitivo caso.

Outro ponto interessante se relaciona com a pergunta a respeito da diferença entre alegar novo argumento de direito para ver o precedente não aplicado e invocar fato que torna os casos diferentes, seja porque no primeiro está presente fato que não se encontra no caso sob julgamento, seja porque fato que aparece no novo caso não fez parte daquele em que o precedente foi elaborado. Na situação em que se alega novo fato para que o precedente não seja aplicado, demonstra-se que o novo caso não é igual àquele em que o precedente foi instituído, e, na hipótese em que se alega que, no primeiro caso, estava presente fato que não está no caso sob julgamento, também se está evidenciando a disparidade entre os casos. Não obstante, nem mesmo a alegação de novo

fundamento de direito elimina a técnica da “distinção”. Isso porque a aproximação dos casos, quando se pensa em aplicação de precedentes, não depende apenas dos fatos alegados, mas também das razões jurídicas invocadas pela parte e consideradas pelo juiz.

De qualquer forma, é inegável que existem situações em que a parte simplesmente diz que no caso sob julgamento não está presente – ou está presente – fato ou fundamento considerado – ou não considerado – no caso que deu origem ao precedente. Nessa última dimensão é interessante pensar no caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, em que se discutiu sobre a responsabilidade do banco por ato fraudulento de seu gerente. Como a Corte, no julgamento desse caso, aludira ao fato de que a fraude teria beneficiado o banco, questionou-se em caso posterior, *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, se a responsabilização do empregador exige que o ato fraudulento – praticado pelo empregado – lhe traga benefício, e, assim, sobre a exata extensão da *ratio decidendi* do caso *Barwick*. Sem dúvida, a adequada interpretação do precedente era fundamental para se saber o exato alcance da responsabilidade que fora declarada. Definição restritiva da *ratio decidendi*, no sentido de que do ato teria de advir benefício ao empregador, tornaria o precedente do caso *Barwick* favorável ao empregador em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, uma vez que, no último caso, o empregador se defendeu alegando que o ato fraudulento, praticado pelo seu empregado, não lhe trouxe qualquer benefício. Ao julgar o caso *Lloyd*, a *House of Lords* entendeu que a alusão a benefício foi meramente acidental diante dos fatos que estavam à vista da Corte em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, não constituindo parte da *ratio decidendi*, e, assim, deu ganho de causa a *Lloyd*, declarando a responsabilidade do empregador por ato praticado por seu empregado durante o serviço, independentemente de outro fator.⁷⁰

Considerando-se a doutrina de Goodhart, o benefício ao empregador não é um fato material ou fundamental. Como no caso *Barwick* a Corte não considerou, para decidir pela responsabilidade, a questão do benefício advindo ao empregador em virtude do ato praticado pelo seu empregado, a defesa no sentido de que o empregador não fora beneficiado pelo ato do seu empregado não teve relevância no caso *Lloyd*. Nesse caso, entendeu-se que, no caso *Barwick*, a Corte decidiu que a responsabilidade prescinde de cogitação acerca do impacto do ato – se benéfico ou não – sobre o empregador.

Contudo, isso não quer dizer, obviamente, que o réu não poderia deduzir a defesa de que não fora beneficiado pelo ato fraudulento para tentar evitar a aplicação do precedente firmado em *Barwick*. Em *Lloyd*, a defesa argumentou que a decisão, em *Barwick*, admitiu que, para responsabilizar o empregador, a

70. CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, cit., p. 43.

fraude teria de beneficiá-lo. É exatamente esta falta de benefício que, em *Lloyd*, militar em favor do réu, distinguindo os casos.

3.5 Ação declaratória de (in)constitucionalidade e aplicação do precedente. Da coisa julgada erga omnes à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão

Discute-se no direito brasileiro acerca dos limites objetivos da eficácia vinculante, perguntando-se se esta atinge os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade – e assim incide em casos em que se discutem normas similares - ou é restrita, como a coisa julgada material, à parte dispositiva da decisão.

Ao se falar em eficácia vinculante da fundamentação se está generalizando, de modo atécnico, a eficácia vinculante ou obrigatória atribuída, no *common law*, a toda e qualquer *ratio decidendi*. É compreensível. Tendo sido constatado, em meio à névoa da doutrina processual clássica do *civil law*, a obviedade de que o tribunal não revela o seu entendimento apenas no dispositivo, é preciso desenvolver uma teoria jurídica que não só explique a razão para se atribuir eficácia obrigatória ao que está na fundamentação, mas que também se desenvolvam critérios capazes de permitir a identificação daquilo que, na fundamentação, efetivamente expressa o pensamento do tribunal acerca da questão constitucional levada ao seu conhecimento.

Cabe ao Ministro Gilmar Mendes o grande mérito de ter desenvolvido o assunto a partir do direito alemão. Aludindo à ideia de “eficácia transcendente da motivação”, o Ministro fez ver que esta eficácia está umbilicalmente ligada à própria natureza da função desempenhada pelos tribunais constitucionais, além de ser absolutamente necessária à tutela da força normativa da Constituição.

Com a expressão “eficácia transcendente da motivação” se pretende passar o significado de eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, têm grande semelhança com a já decidida e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional X foi considerada inconstitucional em virtude das razões Y, a norma constitucional Z, porém substancialmente idêntica a X, exige a aplicação das razões Y.

A expressão “motivos determinantes da decisão”, em princípio tomada como sinônima da enunciada por “eficácia transcendente da motivação”, contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*. Isso porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro *link* entre os motivos e a decisão. Os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou

transcendente – apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem essa eficácia. E os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*.

Feitas essas considerações, é indispensável recorrer ao pensamento do Supremo Tribunal Federal, considerando-se, em particular, a Reclamação 1.987, o *leading case* sobre o tema da eficácia transcendente da fundamentação.⁷¹ Nesta Reclamação afirmou-se que a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, ao determinar o sequestro de verba do Distrito Federal para o pagamento de precatório, desrespeitou decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.662.

Esta ADIn, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, teve como objeto a IN 11/1997, do Tribunal Superior do Trabalho, que cuidou da uniformização dos “procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado, contra a União Federal (administração direta), autarquias e fundações”. A IN 11/1997-TST, em seus itens III e XII, equiparara à hipótese de preterição do direito de preferência a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente devedor, assim como a de pagamento a menor, ou realizado fora do prazo, permitindo, nestas hipóteses, o sequestro de verba pública para o pagamento de dívidas judiciais trabalhistas. A ADIn voltou-se exatamente contra esta autorização, asseverando-a inconstitucional. No curso da ADIn, foi promulgada a EC 30/2000, que alterou determinadas regras relativas aos precatórios, mas nada modificou quanto ao tema então em discussão. Ao julgar o mérito da ADIn, o Supremo Tribunal Federal advertiu que a EC 30 não trouxe qualquer alteração à disciplina do sequestro no âmbito dos precatórios trabalhistas, decidindo que esse somente estaria autorizado pela Constituição Federal no caso de preterição do direito de preferência, sendo inadmissível em qualquer outra situação.

Porém, a decisão da Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região não se ancorou na IN 11/1997-TST, mas se fundou na EC 30. Nessa situação, como é óbvio, a Reclamação não poderia ser julgada procedente com base no fundamento de que a decisão do TRT-10.^a Região teria desrespeitado a parte dispositiva da decisão proferida na ADIn. A procedência da Reclamação apenas poderia se apoiar em desrespeito aos fundamentos ou às razões que o Supremo Tribunal Federal adotou para pronunciar a inconstitucionalidade. Portanto, na Reclamação restou em jogo decidir se os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade ou a sua *ratio decidendi* teriam força obrigatória de modo a evidenciar que a decisão do TRT-

71.V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148 e ss.

10.^a Região teria desrespeitado a decisão proferida na ADIn.

A Reclamação, após grande discussão entre os ministros, foi julgada procedente por maioria de votos. Na parte que interessa, a ementa do acórdão tem a seguinte redação: “Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao *conteúdo essencial* do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da Reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional”.⁷²

O relator da Reclamação, Ministro Maurício Correa, afirmou que “a questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADIn 1.662, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes”.⁷³ Em termos mais claros, quis dizer o ministro relator que a decisão contra a qual se reclamou contrastou com os motivos determinantes da decisão proferida na ADIn.

Acompanharam o ministro relator, admitindo a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluzo, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Divergiram, não admitindo que os fundamentos pudessem ter efeitos vinculantes, os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Mário Velloso.⁷⁴

O Ministro Carlos Velloso negou a abrangência da eficácia vinculante aos fundamentos e, por isso, não poderia ter admitido que a decisão do TRT da 10.^a Região, baseada na EC 30, desconsiderou a eficácia vinculante da decisão proferida na ADIn 1.662, que declarou a inconstitucionalidade de ato normativo do TST. Eis o que disse o ministro: “Não me oponho, Sr. Presidente, a esse efeito vinculante, que considero inerente à natureza da decisão proferida na ação direta. Quando esse efeito vinculante ficou expresso, na Constituição, com a EC 03/1993 – CF, art. 103, 2.^o –, relativamente à ADC, afirmei que a EC 03/1993 apenas explicitou algo já existente, implicitamente. Esse

72. STF, Pleno, Rcl 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.

73. Idem.

74. Na Reclamação 4.219 existiam nove votos tratando da questão quando, em virtude do falecimento do reclamante, julgou-se prejudicado o pedido. Tinham votado pela admissibilidade da reclamação os Ministros Eros Grau, Cezar Peluzo, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Em sentido contrário, votaram os Ministros Joaquim Barbosa (relator), Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Carlos Brito e Cármen Lúcia. Restavam os votos dos Ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio. Ou seja, a questão é objeto de vivo dissenso no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

entendimento, mais recentemente, veio a predominar nesta Corte. Deve ficar claro, entretanto, que o efeito vinculante está sujeito a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos”.⁷⁵ O Ministro Velloso, embora tenha afirmado que o efeito vinculante é “inerente à natureza da decisão proferida na ação direta”, evidencia que, na sua concepção, este efeito incide sobre o dispositivo da decisão e não sobre os seus fundamentos.

O Ministro Carlos Britto, ao proferir o seu voto, disse que acompanharia o voto do relator, mas “observando o limite objetivo da reclamação”.⁷⁶ O Ministro Pertence, mostrando-se incomodado com a atribuição de eficácia vinculante aos fundamentos da decisão, ponderou em tom de alerta: “O que parece é que realmente esta é uma decisão do maior relevo. Transformamos em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão...”.⁷⁷

O Ministro Marco Aurélio argumentou que a atribuição de efeito vinculante à fundamentação equivaleria à admissão de coisa julgada em relação aos fundamentos da decisão, o que – prosseguiu – não seria admitido nem mesmo no campo civil, uma vez que o art. 469 do CPC é claro ao limitar a coisa julgada à parte dispositiva da sentença.⁷⁸

Reconhecidamente favorável à tese da eficácia transcendente da fundamentação, o Ministro Gilmar Mendes lembrou a literatura alemã, advertindo que, embora na Alemanha exista discussão acerca dos limites objetivos dos efeitos vinculantes – se abrangentes da fundamentação ou apenas do dispositivo –, a razão de ser do § 31⁷⁹ da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão teria sido a de dotar as suas decisões de uma eficácia transcendente, que, caso fosse limitada ao dispositivo da decisão, não teria muito a acrescentar à função desempenhada pela coisa julgada material, além

75. STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Carlos Velloso.

76. Idem, voto do Ministro Carlos Britto.

77. Idem, manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence.

78. “Mas, Senhor Presidente, há mais na hipótese: verificamos que o fator cronológico é contrário à admissibilidade, como já ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, desta reclamação. Por que? Porque na ADIn 1.662 – se não me falha a memória –, cujo acórdão se diz descumprido, fulminamos um ato de 1997, e a base da decisão proferida pela louvável Justiça do Trabalho é um diploma posterior, é a EC 30, de 2000. Mas parte-se para o princípio da transcendência – e, aí vislumbra-se a coisa julgada quanto aos fundamentos da decisão da Corte. Nem mesmo no campo civil temos coisa julgada de fundamentos. A coisa julgada diz respeito, de início – como está no art. 469 do CPC – à parte dispositiva do julgado” (STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Marco Aurélio).

79. As decisões do Tribunal Constitucional alemão têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, nos termos do § 31, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. (No original: “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”).

de diminuir significativamente a contribuição que o Tribunal Constitucional pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional.⁸⁰

Merece destaque a lembrança do Ministro Gilmar Mendes à doutrina de Klaus Vogel, que, embora aludindo à coisa julgada, disse que a sua extensão iria além do dispositivo para abranger o que designou de “norma decisória concreta”. Essa seria a “ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes”.⁸¹

Na verdade, Vogel está misturando coisa julgada com eficácia vinculante ou obrigatória, ou melhor, está rotulando a força obrigatória das decisões, peculiar ao *common law*, de coisa julgada, ou, ainda mais precisamente, está conferindo à fundamentação o que o *common law* atribui à *ratio decidendi*.

É certo que a limitação da coisa julgada material à parte dispositiva constitui uma opção técnica no âmbito do *civil law*. É possível impedir às partes, em dado sistema de *civil law*, a rediscussão dos fundamentos da decisão. Porém, há que se notar que este obstáculo apenas atinge as partes, a menos que se pense em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos, o que equivaleria, em substância, a abandonar o instituto da coisa julgada para tratar de outra questão, em que também importaria a obrigatoriedade dos fundamentos, mas em dimensão e perspectiva completamente distintas.

A coisa julgada nada tem a ver com a intenção de se permitir igual solução a casos semelhantes. O conceito de Vogel deve a sua originalidade à concepção de *ratio decidendi*. Note-se que, assim como a *ratio decidendi*, a “norma decisória concreta” está à distância do dispositivo e dos fundamentos. Para permitir a decisão de casos semelhantes, tanto a *ratio decidendi* quanto a norma decisória concreta devem constituir uma espécie de “extrato significativo da fundamentação”.

Porém, não obstante a equivocada assimilação entre eficácia vinculante e coisa julgada, o conceito de Vogel, quando bem visto, contém um *plus* significativo em relação à ideia de eficácia vinculante ou transcendente da fundamentação. É que a ideia de norma decisória concreta diz respeito à porção da fundamentação em que se identifica o motivo pelo qual se decidiu e, portanto, ao isolamento de uma parte significativa da fundamentação, deixadas de lado aquelas que não importam como razões de decidir, que, assim, são *obiter dicta*.

Como se vê, o conceito de Vogel se aproxima do de “motivos determinantes

80. STF, Rcl 1.987, voto do Ministro Gilmar Mendes.

81. Idem, cf. voto do Ministro Gilmar Mendes.

da decisão”, visto que o qualificativo “determinante” supõe o motivo como imprescindível e essencial, e, desse modo, como não supérfluo, restando em uma só dimensão, guardadas as suas particularidades, as ideias de *ratio decidendi*, norma decisória concreta e motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão.⁸²

Ao se colocar os conceitos de norma decisória concreta e de motivos determinantes da decisão na mesma dimensão do de *ratio decidendi*, deseja-se apenas evidenciar a importância de se extrair da fundamentação o que realmente levou o tribunal a decidir, bem como sublinhar que a não identificação desta porção da fundamentação gera incerteza, colocando em sério risco a segurança jurídica e a própria missão que se quer atribuir aos tribunais com a extensão dos efeitos vinculantes.

Os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.

Nessa dimensão, de qualquer forma, não há razão para não admitir a adoção da *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes de decisão de inconstitucionalidade em caso em que se impugne norma de conteúdo similar. Aliás, embora o art. 102, § 2.º, da CF afirme que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, têm eficácia vinculante “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário”, e, portanto, não sobre o próprio Supremo Tribunal Federal, parece inquestionável que as *rationes decidendi* das decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – seja em controle concentrado, seja em controle difuso – não podem deixar de ser por ele observadas. Entendimento contrário daria ao Tribunal a que incumbe a tarefa de interpretar a Constituição, zelando pela sua força normativa, a possibilidade de negar a sua importante missão para a estabilização da ordem jurídica constitucional.

Como é óbvio, não se quer dizer com isso que o Supremo Tribunal Federal

82. Este é um ponto de congruência entre os sistemas americano e alemão. Tanto num quanto noutro só irradiam efeitos vinculantes os motivos determinantes da decisão, isto é, a própria *ratio decidendi*, e não as questões ditas de passagem (*obiter dicta*), como de resto também reconhece o nosso Supremo Tribunal Federal (STF, *Informativo* 335).

não possa, diante da alteração da realidade social, da evolução da tecnologia ou da própria transformação da compreensão do direito (o que não se confunde com o mero repensar o direito), entender que os fundamentos das suas decisões perderam consistência, e que, assim, os seus precedentes devem ser revogados. Isso é plenamente viável no *common law*. Aliás, isso sempre foi praticado nos Estados Unidos.

No *common law*, os precedentes são revogados fundamentalmente mediante o que se denomina de *overruling*. Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões. Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais “motivos novos”, é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida.

Para dar concretude ao princípio de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira, é necessário atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, isolando-se, em outras palavras, a sua *ratio decidendi*. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante da fundamentação, eis a realidade que se impõe diante da imprescindibilidade de preservar e proteger a igualdade diante da jurisdição e a força normativa da Constituição.

3.6 Elementos para a caracterização da *obiter dicta* no direito brasileiro

Não basta simplesmente constatar que os fundamentos não efetivamente discutidos constituem *obiter dicta*. Nem mesmo há como pensar que *obiter dicta* são apenas os fundamentos não adequadamente discutidos. É preciso verificar, antes de tudo, se o fundamento podia ser discutido e se a decisão tomada exigia a sua discussão.⁸³ Desse modo, torna-se inclusive mais claro e

83. O Superior Tribunal de Justiça, ao realizar juízo de admissibilidade de recurso especial, já aludiu à distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Veja-se acórdão de relatoria da Ministra Denise Arruda: “Processual civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Recurso especial – Administrativo – Energia elétrica – Interrupção do serviço. 1. O Tribunal local, embora reconhecendo que é indevida a manutenção do serviço em comento quando inadimplente o usuário, com base nas peculiaridades do caso concreto, entendeu que o ‘direito à saúde merece maior destaque em relação às demais situações’, fazendo referência expressa ao art. 196 da CF/88. A eliminação de tal premissa importa necessariamente a conclusão de que seria viável a interrupção do serviço. 2. Desse modo, a premissa referida não constitui mero *obiter dictum*, como argumenta a agravante, mas *ratio decidendi*, que deveria necessariamente ser impugnada pela via adequada (recurso extraordinário). Tal descuido obsta o exame do recurso especial (Súmula 126/STJ). 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, 1.ª T., AgRg no Ag 739535, rel. Min. Denise Arruda, DJ 07.11.2006).

objetivo o raciocínio que se deve percorrer para a determinação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta*.

Os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são, inegavelmente, *obiter dicta*. O mesmo se passa em relação aos fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez. Os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão.

Todavia, como os frutos dessas discussões podem se sedimentar, dando origem à procedência do pedido ou mesmo ao provimento do recurso, aquilo que, em tese e à primeira vista, é *obiter dictum* pode se transformar em *ratio decidendi*. O pedido, a causa de pedir ou o fundamento que não poderiam ser apreciados, embora gerem sentenças passíveis de rescisão – seja por violação ao princípio da adstrição ao pedido e à causa de pedir ou aos princípios do contraditório e ao que veda as chamadas “decisões surpresa” –, podem dar origem a decisões transitadas em julgado e, inclusive, a decisões soberanamente transitadas em julgado, passados dois anos sem a propositura de ação rescisória. Assim, é possível pensar nas razões que especificamente conduziram a tais decisões, isolando-se as suas *rationes decidendi*, embora estas possam merecer menos crédito. E isso, é claro, quando as questões tiverem sido efetivamente discutidas por todos os integrantes do órgão colegiado, pressuposto sem o qual, aliás, nenhum pronunciamento, ainda que relativo a pedido e causa de pedir invocados e discutidos pelas partes, pode vir a constituir *ratio decidendi*.

Mais difícil, sem dúvida, é isolar o fundamento que, independentemente de ter sido alegado e discutido pelos juízes, era desnecessário à tomada da decisão. É certo que, quando um fundamento é desnecessário para se chegar à solução de dada questão, em regra ele não é tomado a sério e efetivamente discutido pelos juízes, caracterizando-se facilmente, dessa forma, como *obiter dictum*. Entretanto, tal regra tem exceções. Daí a importância de se analisar a conhecida definição de Rupert Cross, celebrizada no *common law*, de que a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada.

É preciso esclarecer em que termos se deve ter a decisão para a qual a *ratio decidendi* constitui passo necessário. Importa perceber que o passo necessário, ou a premissa ou as razões no curso do raciocínio decisório, não diz respeito à “decisão do caso” vista em abstrato, mas se refere à específica decisão tomada pelo juiz ou pela Corte em determinado caso.

De modo que, para individualizar o passo necessário, não basta relacioná-lo, por exemplo, com a solução do recurso, mas com a decisão que deu ou negou provimento ao recurso, e, mais do que isso, com o raciocínio decisório empreendido pela Corte para lhe dar ou lhe negar provimento. Assim, se a Corte, ao dar provimento ao recurso do réu, decide pela decadência do direito do autor, obviamente não importam as alegações de que, interpretando-se de determinada maneira a norma *x* ou considerando-se a tese *y*, o réu não poderia ser condenado. Tais alegações não constituem passo necessário à decisão de decadência.

Porém, se o tribunal, para dar provimento ao recurso e condenar o réu a pagar, pode interpretar a norma *x* de determinada forma ou admitir a tese *y*, seria possível dizer que as razões relacionadas à admissão da tese *y* não importam porque o recurso foi provido com base na interpretação da norma *x*. Em verdade, é possível dizer que a admissão da tese *y*, neste caso, não é um passo necessário.

Entretanto, o fato de um fundamento (por exemplo, a admissão da tese *y*) ser suficiente ao provimento do recurso não garante que as razões que o apreciaram possam dar origem a uma *ratio decidendi*. Aliás, no caso em que existem duas razões suficientes, é preciso que ambas, para poderem ser reconhecidas, tenham sido adequadamente discutidas pelos membros do colegiado.

Há um julgado do Superior Tribunal de Justiça que, por sua repercussão no meio forense, oferece interessante exemplo de *obiter dicta*. Trata-se de julgado que tratou da interpretação do art. 475-J do CPC, mais precisamente a respeito da necessidade de intimação do condenado para a incidência da multa de 10% diante do não pagamento no prazo de quinze dias. No REsp 954.859, decidiu-se que a multa incidiria independentemente de intimação pessoal do condenado.⁸⁴ O relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, assim argumentou: “Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o casuístico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte

84. STJ, 3.ª T., REsp 954.859, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007.

e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo”.⁸⁵ Note-se que o Tribunal não estava julgando a responsabilidade do advogado, mas somente analisando a necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa.⁸⁶ De modo que a observação do relator, no sentido de que o advogado se torna responsável pela multa ao não informar seu constituinte sobre a condenação – certa ou não –, é verdadeiro *obiter dictum*, configurando-se como mero argumento lateral, à margem da questão que estava sendo discutida, de solução desnecessária para se chegar à decisão do recurso. Consequentemente, essa observação, de que o advogado é responsável pela multa do art. 475-J, jamais poderá ser invocada como precedente ou *ratio decidendi*.

O Supremo Tribunal Federal, no AgRg na Rcl 2.475, também discutiu questão de grande relevância quando se discute a respeito de *obiter dicta*. Mediante esta Reclamação, afirmou-se que a 2.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg em REsp 429.610/MG, teria desrespeitado a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 1/DF, em que se entendeu que a LC 70/1991 – que concedeu isenção para as sociedades civis prestadoras de serviços profissionais – é materialmente ordinária e apenas formalmente complementar. A 2.^a Turma do STJ concluiu que a revogação da isenção da Cofins não poderia ocorrer por lei ordinária, sob pena de lesão ao princípio da hierarquia das leis. Argumentou a reclamante que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC 1/DF, “considerou que a Constituição da República não exige lei complementar para disciplinar a Cofins, motivo pelo qual se deve ter a LC 70/1991, que a instituiu, como uma lei apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária. A consequência desse fundamento é o de admitir que lei ordinária venha a alterar os dispositivos da referida lei complementar, justamente o que fez o art. 56 da Lei 9.430/1996, que revogou a isenção da Cofins concedida no inc. II do art. 6.^o da LC 70/1991 para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais”.⁸⁷

A liminar requerida na Reclamação foi negada, quando se disse que a decisão proferida na ADC 1/DF “não assentou ser a LC 70/1991 lei complementar simplesmente formal. É verdade que no voto do Ministro relator

85. Idem.

86. “Lei 11.232/2005 – Art. 475-J, CPC – Cumprimento da sentença – Multa – Termo inicial – Intimação da parte vencida – Desnecessidade. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%” (STJ, 3.^a T., REsp 954.859, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007).

87. Acórdão proferido no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

isso foi dito (RTJ 156/745). Trata-se, entretanto, de um *obiter dictum*. Também no meu voto expressei *obiter dictum* igual (RTJ 156/745). Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autoriza o deferimento da liminar⁸⁸ (decisão objeto do agravo regimental, da lavra do Ministro Carlos Velloso).

A reclamante, no agravo regimental interposto contra essa decisão, sustentou que, quando o Supremo Tribunal Federal declarou, para considerar a Cofins constitucional, que se estava diante de uma lei apenas formalmente complementar, ele expôs um motivo determinante e não um *obiter dictum*.

O relator originário do agravo regimental, Ministro Carlos Velloso, disse que, “por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a LC 70/1991 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir *extra petita*. É verdade que, no voto do Ministro relator, foi dito que a contribuição poderia ser instituída por lei ordinária e que ‘essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que não são objeto dessa ação – é materialmente ordinária’ (RTJ 156/745). Também no meu voto isso afirmei (RTJ 156/752). Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, *obiter dictum*. De um modo ou de outro – fundamento ou *obiter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”.⁸⁹

O Ministro Marco Aurélio, seguindo o voto do relator, observou: “Não se fez em jogo, quando julgamos a ADIn 1, a natureza da lei que teria disciplinado o Cofins. Como salientado pelo relator, consideramos a anterioridade, o princípio da não cumulatividade e não adentramos nessa seara. O relator da ADIn 1 aludiu ao fato de que não haveria sequer necessidade de lei complementar para a criação do tributo, da contribuição. Evidentemente, todavia, se inexistiu celeuma em torno dessa matéria, não chegamos à decisão a respeito. Por isso acompanho o relator”.⁹⁰

O Ministro Sepúlveda Pertence deixou claro que, no seu entender, não há como buscar fazer valer a autoridade de decisão proferida em ação direta de constitucionalidade, via Reclamação, arguindo-se desrespeito aos seus fundamentos: “Quero deixar claro que, em princípio, não estendo o efeito vinculante das decisões nas ações de controle abstrato de normas à sua fundamentação; isso me basta. Para mim, só desrespeitaria a nossa decisão na ADC 1 se se tivesse julgado inconstitucional dispositivo da LC 70, então questionada, e então afirmados constitucionais”.⁹¹

88. Idem.

89. Idem.

90. Idem.

91. Idem.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, ao contrário dos votos dos Ministros Carlos Velloso (relator), Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence – que o antecederam –, não se preocupou em saber se a questão relativa à natureza da norma estava abrangida pela parte dispositiva da decisão tomada na ação direta de constitucionalidade. Isso porque, no seu entender, a eficácia vinculante cobre os motivos determinantes da decisão. Assim, o que importaria saber era apenas se os pronunciamentos da Corte acerca desta questão constituíam *obiter dicta* ou motivos determinantes da decisão.

O voto do Ministro Gilmar foi dirigido à demonstração de que a questão respeitante à natureza jurídica da LC 70/1991 fora tratada no acórdão da ADC 1/DF. Consta do voto: “Atenta leitura do acórdão na ADC 1/DF permite afirmar que a questão da natureza jurídica da LC 70/1991 foi expressamente tratada nos votos dos Ministros Moreira Alves (relator), Ministro Carlos Velloso (fls. 140-141) e Ministro Sydney Sanches (fl. 149). Os demais ministros não enfrentaram expressamente a questão, silenciando-se a seu respeito, mas, genericamente, acompanharam o voto do relator. Dessa forma, não se pode deixar de admitir que a decisão proferida na ADC 1/DF foi enfática ao reconhecer, como um de seus fundamentos determinantes, que não se exige lei complementar para a disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional, de forma que, por razões lógicas, a LC 70/1991 é, materialmente, uma lei ordinária, muito embora seja, à evidência, lei formalmente complementar. E não prevalece o argumento de que tal assertiva não constitui fundamento determinante, mas apenas complementação (ou *obiter dictum*) ao fundamento principal (que, segundo se alega, seria a existência de previsões constitucionais distintas para a Cofins e o PIS), pois resta claro do voto do Ministro Moreira Alves que esta é premissa essencial, a qual conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão (...). Assim sendo, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do AgRg no REsp 429.610/MG, não observou fundamento determinante de decisão desta Corte Suprema proferida na ADC 1/DF, de modo que o pedido da presente reclamação, ao que parece, deve ser julgado improcedente”⁹².

A questão relativa à possibilidade de estender a eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão de (in)constitucionalidade deve ser vista de forma separada em face da respeitante à identificação das porções que, na fundamentação, constituem *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Melhor explicando: inadmitindo-se que os motivos da decisão possam ter eficácia vinculante, não há sequer por que questionar, em sede de Reclamação, se determinado pronunciamento da Corte, por ocasião do julgamento de ADC, constitui motivo

92. Idem.

determinante ou *obiter dictum*. Ora, se a fundamentação não pode ser abarcada pela eficácia vinculante, e, destarte, não pode ser alegada como base de Reclamação contra desrespeito a decisão prolatada em controle abstrato, pouco importa a determinação da *ratio decidendi*.

O Ministro Carlos Velloso reconheceu que, na ADC 1, tanto o seu voto quanto o do relator afirmaram que a LC 70/1991 é materialmente ordinária, e, logo depois, concluiu que “tais afirmativas (...) constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, *obiter dictum*. De um modo ou de outro – fundamento ou *obiter dictum* – não integram o dispositivo da decisão”. Portanto, ao negar provimento ao agravo regimental, o Ministro Velloso firmou o entendimento de que “tais afirmativas (...) não integram o dispositivo da decisão”. Do seu voto resta claro que não importou se “tais afirmativas” constituíam motivos determinantes ou *obiter dicta*, mas se integravam ou não o “dispositivo da decisão”. Ou seja, como para o Ministro Velloso os fundamentos não são tocados pela eficácia vinculante, bastaria constatar que as referidas “afirmativas” não estão inseridas na parte dispositiva da decisão. Tanto é que, antes, o Ministro Velloso disse que o Tribunal não poderia sequer declarar que a LC 70/1991 é materialmente lei ordinária, por isso “não ter sido pedido”. Caso isso tivesse sido declarado, estaria o Supremo Tribunal Federal a “decidir *extra petita*”.⁹³

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence também não deu qualquer importância à distinção entre *ratio decidendi* (ou motivos determinantes) e *obiter dicta*. Foi incisivo ao dizer que não estende “o efeito vinculante das decisões nas ações de controle abstrato de normas à sua fundamentação”.⁹⁴

O Ministro Marco Aurélio disse que o Tribunal não teria enfrentado a questão; alegou que “inexistiu celeuma em torno dessa matéria”. Porém, concluiu que, diante dessa falta de discussão, o Tribunal não chegou “à decisão a respeito”.⁹⁵ Assim, embora o Ministro Marco Aurélio, em princípio, aluda a argumento capaz de demonstrar que pronunciamento inserido na fundamentação é *obiter dictum* – por não ter sido discutido –, torna-se claro que essa alusão é feita para permitir a conclusão de que a Corte não proferiu decisão a respeito. Mais uma vez, portanto, importou a circunstância de que o pronunciamento sobre a natureza jurídica da lei não constituiu uma decisão, ou melhor, não foi abarcado pela parte dispositiva da decisão.

Contudo, o voto do Ministro Gilmar, sem dúvida, preocupou-se em demonstrar que as afirmativas ou os pronunciamentos acerca da questão

93. Idem.

94. Idem.

95. Idem.

constituíram motivos determinantes da decisão de constitucionalidade, não podendo ser vistos como *obiter dicta*. Nesta perspectiva – de análise da natureza dos pronunciamentos inseridos na fundamentação – importava apenas saber se a questão realmente havia sido discutida pelos Ministros. O argumento do Ministro Carlos Velloso, de que, “por não ter sido pedido que o Tribunal declarasse que a LC 70/1991 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir *extra petita*”,⁹⁶ não tem procedência. Sabe-se que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deve indicar o dispositivo questionado, demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante acerca da sua aplicação e apresentar o pedido de declaração de constitucionalidade desse dispositivo. Ademais, deve conter os fundamentos jurídicos do pedido (art. 14, I, II e III, Lei 9.868/1999). Mas o Tribunal está adstrito apenas ao pedido, ou aos dispositivos apontados como constitucionais, e não aos fundamentos jurídicos. Vale aqui o entendimento adotado em relação à ação direta de inconstitucionalidade, de que o Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos apresentados na petição inicial.⁹⁷ Ver STF, ADInMC 2.396/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.12.2001.

Sendo o caso de declarar a constitucionalidade, o Tribunal pode cogitar de qualquer fundamento bastante para evidenciá-la, ainda que não alegado na inicial.

Assim, enquanto o pedido evidentemente não era – nem poderia ser – de declaração de que a lei “seria materialmente lei ordinária”,⁹⁸ não importa se esta questão foi alegada na petição inicial. O que interessa, para aceitar que a questão constitui *ratio decidendi* no acórdão proferido na ADC 1/DF, é que a discussão de a LC 70/1991 ser, materialmente, uma lei ordinária “conduziu à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão”.⁹⁹

De qualquer forma, apenas o voto do Ministro Gilmar Mendes atentou para a individualização da natureza de “tais afirmativas” ou pronunciamentos no interior da fundamentação. Torna-se estranha, nessa dimensão, a própria ementa do acórdão proferido na Reclamação, a salientar que “no julgamento da ADC 1/DF, o Colegiado não *dirimiu controvérsia* sobre a natureza da LC 70/1991, consubstanciando a abordagem, no voto do relator, simples entendimento pessoal”.¹⁰⁰

96. Voto do Min. Carlos Velloso no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

97. Ver STF, ADInMC 2.396/MS, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 14.12.2001.

98. Voto do Min. Carlos Velloso no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

99. Voto do Min. Gilmar Mendes no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

100. Acórdão proferido no AgRg na Rcl 2.475, STF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 01.02.2008.

3.7. Ratio decidendi e obiter dicta no projeto de CPC

Importa retomar, agora, as regras do projeto de CPC que tratam especificamente da *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) e da *obiter dicta*. Afirma-se que “§3º O efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* desse artigo decorre dos fundamentos determinantes do acórdão adotados pela maioria dos membros do colegiado”, e que “§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo: I - os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo; II - os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador”.

Como já dito, a ideia de “fundamentos determinantes” equivale a de “ratio decidendi”. Trata-se da essência dos fundamentos da decisão ou dos fundamentos ou motivos que a determinaram. Com a ideia objetiva-se não só delimitar os verdadeiros motivos que embasaram a conclusão, mas também o seu significado no contexto do caso.

A regra fala que não são determinantes os fundamentos que, ainda que presentes no acórdão, não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo. Conforme antes explicitado, o acórdão pode albergar questões que foram discutidas de passagem pela Corte. Essas questões não se ligam diretamente à decisão, ou melhor, não se colocam como pontos em que o raciocínio decisório se apoia em sua trajetória rumo à tomada de decisão. As razões que recaem sobre tais questões não são hábeis ou suficientes para justificar a conclusão. Razões hábeis ou suficientes para justificar uma específica decisão guardam relação de causa e efeito com a tese jurídica declarada na conclusão.

Note-se que os fundamentos determinantes não se relacionam exatamente com, por exemplo, a condenação ou a desconstituição, mas com a tese jurídica adotada para se condenar ou desconstituir. Assim, quando se condena com base em responsabilidade sem culpa, os fundamentos determinantes são os que justificam a tese da responsabilidade destituída de culpa. Para uma teoria dos precedentes, especialmente uma voltada aos “precedentes interpretativos”, os fundamentos determinantes importam enquanto justificam a adoção de uma tese ou doutrina jurídica.

No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre no *common law*, o precedente, e por conseguinte a *ratio decidendi*, não é refém da solução ou da decisão de “um caso”. Uma vez que a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade dependem de como as questões jurídicas são resolvidas, e não apenas de como os casos são solucionados, importa outorgar “autoridade” às *rationes decidendi* ou aos fundamentos determinantes que solucionam particulares questões, inclusive de natureza processual, tomadas no curso do

raciocínio judicial que tem por objetivo a solução do caso, ou que dizem respeito a causa de pedir cuja solução não é suficiente ou necessária para a específica decisão que foi tomada para resolver o caso.

Quando a norma do projeto fala em fundamentos que não forem imprescindíveis para alcançar o resultado fixado no dispositivo, ela deixa claro que a questão, cuja solução não guarda relação de causa e efeito com o resultado, não constitui fundamento determinante. Porém, como o sistema brasileiro não é um “sistema de casos”, obviamente importam as razões que trataram de causa de pedir cumulada, ainda que estas não tenham sido nem necessárias nem suficientes para se chegar ao específico resultado de procedência. Na verdade, as razões que embasam os raciocínios que culminam na formulação de teses jurídicas constituem fundamentos determinantes, não importando se existem diversas teses jurídicas em um único processo, umas para justificar a improcedência e outra a procedência.

Note-se, aliás, que se uma causa de pedir não é acolhida e afirma-se outra, decide-se em relação a ambas, e o resultado fixado no dispositivo obviamente considera o que aconteceu diante das duas causas de pedir, ainda que, por exemplo, “condene” em virtude de ter reconhecido apenas uma delas. Mais precisamente, as razões de decidir dizem respeito a cada uma das causas de pedir, pouco importando se, ao final, todas são rejeitadas ou algumas são rejeitadas e outra acolhida.

Portanto, a regra não elimina do *status* de *ratio decidendi* as razões utilizadas pela Corte para justificar a rejeição de causa de pedir cumulada, ainda que tais razões não sejam imprescindíveis para justificar a adoção de causa de pedir que impôs a procedência do pedido.

Não obstante, isso não basta para se ter *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes. As razões ou fundamentos só adquirem tal relevância quando discutidos por todos os integrantes do colegiado e adotados pela maioria dos seus membros. É assim que o projeto afirma que não constituem fundamentos determinantes aqueles que, ainda que relevantes e contidos no acórdão, “não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador”. Não seria preciso dizer que os fundamentos determinantes têm que ser adotados ou referendados pela maioria, uma vez que o fundamento acolhido pela minoria obviamente não é capaz de gerar qualquer precedente ou *ratio decidendi*. Na verdade, mais do que adotado pela maioria, o fundamento, para adquirir a feição de *ratio decidendi*, deve ter sido discutido por todos os julgadores, ou melhor, deve ter sido explicitamente colocado à discussão de todos os membros do colegiado.

O ponto importa especialmente às questões de natureza processual e às causas de pedir cumuladas, que, embora resolvidas, não são determinantes da procedência do pedido. É preciso investigar com cuidado se essas foram devidamente discutidas ou abertas à discussão. Ou melhor, importa verificar

se, quando da análise de questão processual ou de causa de pedir cumulada, não houve déficit de discussão a comprometer a idoneidade dos fundamentos. Deixe-se claro que déficit de discussão não significa falta de adequação dos fundamentos utilizados. Esse déficit se relaciona apenas com a abertura ao diálogo, de modo a comprometer a participação de todos os julgadores e a efetiva tomada dos votos. Lembre-se que é comum, em casos em que há várias causas de pedir cumuladas e naqueles em que se discute questão prejudicial à solução do mérito, existir defeito ou vício na votação, a impedir a adequada deliberação do colegiado. Assim, por exemplo, não é raro que membros do colegiado rejeitem preliminar de mérito e os demais, sem a discutirem, diretamente ingressem no mérito, ou mesmo que uma causa de pedir seja rejeitada por dois juízes sem que os outros quatro, que acolhem outra causa de pedir para julgar o pedido procedente, tenham sobre ela votado. Trata-se, é certo, de vícios graves, mas que frutificam nos tribunais sem conduzir à desconstituição da decisão. Bem por isso, tais situações, quando vistas na perspectiva da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes, exigem cautela, especialmente por se estar diante de metodologia que até há pouco tempo era estranha ao direito e à prática judicial brasileiros.

1. Introdução

Entre os direitos públicos "indeterminados", o de dignidade humana é, sem dúvida, o que merece debates e possibilidades de ação. A sua atuação privilegia entre os valores do Direito uma postura de indagação. Qual seria a sua extensão? Quem seriam os seus destinatários (basta um os crimes e a natureza)? Como dar-lhe eficácia? Quais os limites, de um conceito "abstrato"?

Como quer que seja, o conceito de dignidade humana no universo jurídico é incontestável e pode ser facilmente demonstrado por uma análise das diversas declarações e declarações de direitos que a ela fazem expressa referência. Não estamos diante, assim, de um conceito de perfil propriamente moral ou religioso, mas sim de um princípio de justificação da Teoria dos Direitos Humanos.

Em Habermas, por exemplo, o conceito de dignidade aponta a uma moral de qual se deriva fundamentos tanto o seu fundamento e o cumprimento função estabilizadora (estrutural e dinâmico) na construção dos direitos humanos e

* Agradecemos ao Ilustre Sr. Tostão de Sá da Silva, Mestrando em Sociologia e Direito, pela disponibilização desta publicação. Disponível em: <http://www.derecho.com.br/revista/PLC-32>

11. HONORABLE JAMES ARTHUR, *Orígenes Fundamentales del Derecho Humano*, El Financiero de los Derechos, Madrid, n. 30, pp. 2-18, 2011, pp. 2-3 (aqui).