

# Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro<sup>1</sup>

**Luiz Guilherme Marinoni**

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.

**Resumo:** 1. A importância dos fatos e os precedentes interpretativos; 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. A *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos; 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; 5. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão; 6. Elementos para a caracterização da *obiter dicta* no direito brasileiro

## 1. A importância dos fatos e os precedentes interpretativos<sup>2</sup>

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.

Isto, 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 pode perceber nos itens anteriores, a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da

---

<sup>1</sup> Dedicado ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

<sup>2</sup> A respeito do tema dos precedentes, ver, para maior aprofundamento, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2ª. ed, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

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 destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.<sup>3</sup>

No civil law, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. Isto 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.

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 isto se pretendia evitar que o juiz declarasse qualquer outra coisa que não as palavras contidas na lei. Nesta 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<sup>4</sup>, os precedentes passaram a interpretar normas e, em especial, princípios, inclusive de natureza constitucional.

Neste sentido, importa recordar 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 deste decidir a partir de princípios e

---

<sup>3</sup> Arthur L. Goodhart, Determining the ratio decidendi of a case, in *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, University Press, 1931, p. 15.

<sup>4</sup> Ver John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, *The civil law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 27 e ss.

fundamentos.<sup>5</sup> Estas 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 Européia de Justiça perante as Cortes dos Estados membros. Nesta 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<sup>6</sup>.

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, esta proximidade permite evidenciar a 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

---

<sup>5</sup> Lembre-se que o cosmos normativo da concepção constitucionalista do direito é mais abrangente do que aquele tradicionalmente concebido pelo positivismo. Ver Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 242.

<sup>6</sup> Zenon Bankowski ; Neil MacCormick; Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel. Rationales for precedent. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 485.

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 destes 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 deve dar-lhes 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 disto, 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.

## **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 civil law, têm particularidades, especialmente aqueles que se formam em recursos especial e extraordinário e no controle concentrado de constitucionalidade.

Não é o momento de definir a natureza dos precedentes formados nestas hipóteses, se persuasiva - e em que grau - ou obrigatória. Quer-se apenas deixar claro que tais precedentes não são estruturados a partir dos fatos, como comumente sucede no âmbito do common law. Embora as decisões proferidas em recurso especial e recurso extraordinário sejam tomadas em casos concretos, estes 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 nestes recursos ficou ainda mais evidente com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo do recurso repetitivo.

A aferição da repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e conseguinte eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência evidenciam a adoção do precedente com força obrigatória, assim como a recepção das idéias de ratio decidendi – do common law – e de eficácia transcendente da fundamentação - do direito alemão. Deixe-se claro, desde já, que existe um processo irreversível de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, as decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento de recursos repetitivos assumem clara natureza de precedente interpretativo, mormente quando se tem notícia de pronunciamentos deste tribunal superior impondo o respeito dos tribunais estaduais e regionais federais às suas decisões<sup>7</sup> - grau de respeito que, embora não seja suficiente para gerar precedente de natureza obrigatória, ao menos faz surgir precedente persuasivo.

Não há dúvida que tais precedentes, embora definidores de teses jurídicas, são instituídos em casos dotados de particularidades fáticas, que, por isto, muitas vezes terão que ser consideradas ao se analisar a aplicação do precedente a casos

---

<sup>7</sup> Na sessão do dia 10 de dezembro de 2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir à unanimidade Questão de Ordem levantada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, alusiva aos Recursos Especiais ns. 1.148.726-RS, 1.154.288-RS, 1.155.480-RS e 1.158.872-RS, determinou que as decisões dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais que não adotarem o entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento lastreado na Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) terão que ser fundamentadas. Decidiu-se, *in verbis*: “a) A restituição, por decisão de órgão fracionário independentemente de acórdão, unipessoal de relator, ou da Presidência (NUPRE), dos recursos especiais à Corte de origem, para que sejam efetivamente apreciadas as apelações e/ou agravos como de direito, à luz do que determinam a Lei n. 11.672/2008 e a Resolução STJ n. 8/2008. b) A expedição de ofício aos Srs. Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, sobre a decisão tomada na presente Questão de Ordem”.

subseqüentes. Entretanto, a peculiaridade destes precedentes é o 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 nesta sede é a idéia 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. Nestas hipóteses, ao se atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, cria-se precedente em tudo assimilável àqueles do Tribunal Constitucional alemão<sup>8</sup>.

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

---

<sup>8</sup> 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. Dieter Grimm, *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 e não os casos já julgados, uma vez que estes, como é óbvio, já estão protegidos pela autoridade da coisa julgada material. *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 julgados são exatamente as normas já declaradas inconstitucionais, motivo simples pelo qual a idéia de que a eficácia vinculante deve ficar restrita ao dispositivo não faz ver outra coisa que não a própria coisa julgada material. Para se ter precedente ou se pensar em *ratio decidendi*, assim, 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 pelas normas declarada inconstitucional e sob julgamento possam ter que ser identificados ao se decidir pela aplicabilidade do precedente diante da norma apontada como similar.

### **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 estabilizar a compreensão de questão jurídica e de assegurar segurança jurídica, previsibilidade 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 de 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 estas 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<sup>9</sup>, em que os pedidos podem ser julgados autonomamente, independente do resultado atribuído a cada um, haverá sempre a chance de se formar tantos precedentes quantos sejam os pedidos, não importando se todos forem julgados

---

<sup>9</sup> “A cumulação pode ser simples, quando os pedidos somente têm em comum as partes. Tais pedidos poderão ser formulados independentemente e o juiz poderá julgar todos procedentes ou improcedentes, ou apenas algum ou alguns procedentes. Há cumulação simples, por exemplo, quando ‘A’ propõe ação contra ‘B’ cobrando, cumulativamente, duas dívidas, sendo uma oriunda de contrato de mútuo e a outra proveniente de contrato de compra e venda” (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil*, v. 2, Processo de Conhecimento, São Paulo, Ed. RT, 2010, 8ª. ed.).



procedentes, todos forem julgados improcedentes, ou um ou alguns forem julgados procedentes e os outros não.

Na hipótese de cumulação sucessiva<sup>10</sup>, 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<sup>11</sup>, 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 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

---

<sup>10</sup> “Na cumulação chamada de sucessiva, o pedido formulado em segundo lugar somente será apreciado na hipótese de procedência do primeiro; o primeiro pedido é prejudicial ao segundo. Assim, por exemplo, tem-se a ação reivindicatória cumulada com perdas e danos, ou ainda a ação de resolução de contrato cumulada com perdas e danos”. (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil*, v. 2, Processo de Conhecimento, cit.).

<sup>11</sup> “Há, por fim, a cumulação alternativa de pedidos, que não se confunde com a hipótese de obrigação que pode ser cumprida de dois modos distintos. Na presente hipótese há dois pedidos, enquanto no caso em que o réu pode escolher o cumprimento de sua prestação de um modo ou de outro, há apenas um pedido. De acordo com o art. 289 do CPC, é lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior em não podendo acolher o anterior. Aí um dos pedidos é realizado como principal, e o outro para a eventualidade de não ser possível o acolhimento do primeiro. Assim, por exemplo, o caso em que o autor pede a complementação de área na venda ad mensuram, ou, subsidiariamente, a redução do preço (*quantum minoris*). Nesse caso, acontece o inverso daquilo que ocorre na cumulação sucessiva de pedidos. Na cumulação alternativa, o segundo pedido só será apreciado se não for acolhido o primeiro; na cumulação sucessiva, ao contrário, o segundo pedido apenas será apreciado se for procedente o primeiro” (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil*, v. 2, Processo de Conhecimento, cit.).

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 freqüentes 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 ratios 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 discutida por todos os juízes para que possam dar origem a ratios decidendi.

#### **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 nexos 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. Isto 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 artigo 474 do Código de Processo Civil, “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 causado-lhe 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. Isto 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 Código de Processo Civil, diz respeito apenas às alegações concernentes à mesma causa de pedir. Somente as alegações internas à causa de pedir, relativas à ação proposta – e, portanto, referentes às mesmas partes, pedido e causa de pedir –, serão apanhadas por tal efeito preclusivo, de forma a torná-las não dedutíveis em ação posterior. Qualquer questão não pertencente àquela específica ação, ainda que relacionada indiretamente a ela – porque correspondente a outra causa de pedir passível de gerar o mesmo pedido, ou porque concernente à pretensão de outra parte sobre o mesmo objeto etc. –, não 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. Fletcher contratou empreiteiro para construir reservatório em sua propriedade, cuja água vazou e atingiu as terras do vizinho. Foram admitidos, como fatos do caso, além da propriedade do reservatório e da vazão da água em prejuízo da propriedade do vizinho, o fato de que o empreiteiro, contratado para construir o reservatório, atuara com negligência. 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 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. O corte, na verdade, teria ignorado a questão da negligência do empreiteiro, e, portanto, não responsabilizado o proprietário pela negligência do seu contratado, mas instituído a doutrina da responsabilidade absoluta (*absolute liability*).<sup>12</sup>

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

---

<sup>12</sup> Arthur L. Goodhart, Determining the ratio decidendi of a case, in *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, cit., p. 17-18.

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 contrato 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 necessidade 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 defende-se alegando que o seu empregado ou contratado não foi negligente, obviamente interessa ao autor que, na compreensão da *ratio*, 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 isto, 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 lhe 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. Nesta 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 esta 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 a 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 qualquer 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. Isto 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 releva ao 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, para se tentar obter solução diversa daquela a que se chegou no precedente. E a ratio decidendi, assim, não se aplica a caso posterior em que se esteja fazendo nova alegação.

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 Código de Processo Civil, “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 Código de Processo Civil 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 fundamento 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. Esta diferença apenas poderia ser sentida quando se estivesse diante da alegação de novo fundamento de direito. Na situação em que se alega novo fato para que o precedente não seja aplicado, demonstra-se que o novo caso não é igual ao 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 torna relevante a distinção entre alegar novo fundamento e diferenciar os casos. Isto porque a aproximação dos casos, especialmente 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. Nesta 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 deste 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 que 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 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.<sup>13</sup>

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, isto 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*. O réu suscitou defesa que, em sua argumentação, inverteria o resultado a que se chegou em tal caso. Em *Lloyd*, a falta de benefício, na argumentação da própria defesa, não teria constituído passo necessário para a corte, em *Barwick*, alcançar a condenação; ao contrário, a decisão, neste caso, teria admitido que, para responsabilizar o empregador, a fraude teria que beneficiá-lo. É exatamente esta falta de benefício que, em *Lloyd*, militaria em favor do réu, distinguindo os casos.

## **5. Da coisa julgada *erga omnes* à eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão**

---

<sup>13</sup> Rupert Cross, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 43.

Na hipótese de pedidos incidentes sobre objetos materiais distintos, mas com idêntico fundamento, já discutido e definido em face de caso anterior, obviamente pouco importa a diferença substancial entre os pedidos para a aplicação do precedente.

Não obstante, discute-se no direito brasileiro sobre a possibilidade de se aplicar os fundamentos adotados na decisão de inconstitucionalidade em caso posterior, em que se peça a declaração de inconstitucionalidade de semelhante norma com base nos mesmos fundamentos.

Ou melhor, pergunta-se se os fundamentos da decisão de inconstitucionalidade tem efeito vinculante, capaz de incidir sobre a produção de outras normas, similares a já declarada inconstitucional, ou se seria o caso de simplesmente aplicar os princípios clássicos do civil law, como o da congruência entre o pedido e a sentença, para exigir que, a cada norma similar, seja necessária específica ação de inconstitucionalidade.

Ao se falar em eficácia vinculante da fundamentação está se 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 desenvolva 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, tem grande semelhança com a já decidida e, por

isto, 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*. Isto 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 que 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 esta eficácia. E os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*.

Feitas estas considerações, torna-se oportuno problematizar a extensão dos efeitos vinculantes na decisão que pronuncia a inconstitucionalidade. Para tanto é indispensável recorrer ao pensamento do Supremo Tribunal Federal, considerando-se, em particular, a Reclamação n. 1.987, o *leading case* sobre o tema da eficácia transcendente da fundamentação.

Nesta Reclamação, afirmou-se que a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª. Região, ao determinar o seqüestro de verba do Distrito Federal para o pagamento de precatório, desrespeitou decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 1.662.

Esta ADIN, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, teve como objeto a Instrução Normativa n. 11/97, 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 Instrução Normativa n. 11/97-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 seqüestro 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 Emenda Constitucional n. 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 Emenda Constitucional n. 30 não trouxe qualquer alteração à disciplina do seqüestro no âmbito dos precatórios trabalhistas, decidindo que este 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 10ª Região não se ancorou na Instrução Normativa n. 11/97-TST, mas se fundou na Emenda Constitucional n. 30. Nesta situação, como é óbvio, a Reclamação não poderia ser julgada procedente com base no fundamento de que a decisão do TRT 10ª 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 10ª 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 seqüestro, 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 desenvolvimento da ordem constitucional”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> STF, RCL n. 1987, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21.05.2004.

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 1662, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes”.<sup>15</sup> 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 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, sendo que este último, ao que parece contraditoriamente, admitiu a reclamação.<sup>16</sup>

O Ministro Carlos Velloso negou a abrangência da eficácia vinculante aos fundamentos e, por isto, não poderia ter admitido que a decisão do TRT da 10ª Região, baseada na Emenda Constitucional n. 30, desconsiderou a eficácia vinculante da decisão proferida na ADIN 1662, 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 03/93 – C.F., art. 103, 2º - relativamente à ADC, afirmei que a EC 03/93 apenas explicitou algo já existente, implicitamente. Esse 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”.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> STF, RCL n. 1987, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21.05.2004.

<sup>16</sup> Outra Reclamação voltou a tratar do assunto. Na Reclamação n. 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 Barobosa (relator), Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Carlos Brito e Cármen Lúcia. Restavam os votos dos Ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio.

<sup>17</sup> STF, RCL n. 1987, Voto do Ministro Carlos Velloso.

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”.<sup>18</sup> 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...”.<sup>19</sup>

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 artigo 469 do Código de Processo Civil é claro ao limitar a coisa julgada à parte dispositiva da sentença.<sup>20</sup>

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 § 31<sup>21</sup> 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 de

---

<sup>18</sup> STF, RCL n. 1987, Voto do Ministro Carlos Britto.

<sup>19</sup> STF, RCL n. 1987, Manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>20</sup> “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 quê? Porque na ADI n. 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 Emenda Constitucional n. 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 artigo 469 do Código de Processo Civil – à parte dispositiva do julgado” (STF, RCL n. 1987, Voto do Ministro Marco Aurélio).

<sup>21</sup> “As decisões do Tribunal Constitucional alemão têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*) por disposição legal, conforme o § 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”.

diminuir significativamente a contribuição que o Tribunal Constitucional pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional.<sup>22</sup>

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”.<sup>23</sup>

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 a 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

---

<sup>22</sup> STF, RCL n. 1987, Voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>23</sup> Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, STF, RCL n. 1987.



idéia de norma decisória concreta diz respeito à porção da fundamentação em que se identifica o motivo pelo qual se decidiu e, portanto, com o 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 da decisão”, visto que o qualificativo “determinante” supõe o motivo como imprescindível e essencial, e, deste modo, como não-supérfluo, restando em uma só dimensão, guardadas as suas particularidades, as idéias de *ratio decidendi*, norma decisória concreta e motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão.<sup>24</sup>

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.

Nesta dimensão, de qualquer forma, não há porque não admitir a adoção de *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, § 2º, da Constituição Federal, 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

---

<sup>24</sup> 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*. Questões ditas de passagem (*obiter dicta*) não têm força vinculante, como de resto também reconhece o nosso Supremo Tribunal Federal (STF, Informativo n. 335).

Poder Judiciário”, e, portanto, não sobre o próprio Supremo Tribunal Federal, parece inquestionável que a *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 isto, que o Supremo Tribunal Federal não possa, diante da alteração da realidade social, da evolução da tecnologia e 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 podem ser revogados. Isto é plenamente viável até mesmo no common law. Aliás, isto 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.<sup>25</sup> Para tanto, contudo, tem que 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 à eficácia vinculante da fundamentação, eis a realidade que se impõe diante da

---

<sup>25</sup> Outra situação diz respeito a se saber se a coisa julgada, relativa a decisão de constitucionalidade, impede que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, chegue à conclusão de que a norma, então declarada constitucional, é inconstitucional. Neste caso, o problema toca no tema da coisa julgada material e não na questão da *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão de (in)constitucionalidade.

imprescindibilidade de preservar e proteger a igualdade diante da jurisdição e a força normativa da Constituição.

## **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. Deste modo, torna-se inclusive mais claro e 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 destas 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 *ratios decidendi*, embora estas possam merecer menos crédito. E isto, 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, desta forma, como *obiter dictum*. Entretanto, em tese isto nem sempre pode ser assim. 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, ou uma parte de sua instrução para o júri”<sup>26</sup>.

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, como sua mera resolução ou algo que, em tese, deve ocorrer para que o processo chegue ao fim. O passo necessário não se refere a uma decisão qualquer, mas 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 isto, com o raciocínio decisório empreendido pela corte para dar-lhe ou negar-lhe 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

---

<sup>26</sup> “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” (Rupert Cross, *Precedent in English Law*, cit., p. 77).

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.

Contudo, deixando-se de lado a ideia de necessidade pela de suficiência, é possível concluir que a admissão da tese Y, embora não necessária, seria suficiente para a condenação do réu. Note-se que, no caso do exemplo anterior, em que o tribunal reconheceu a decadência do direito do autor, as demais alegações do réu não seriam suficientes para a pronúncia de decadência. Perceba-se, assim, que a ideia de provimento do recurso, vista como solução do caso, necessita ter uma cor; precisa, por exemplo, apontar para um resultado no plano do direito substancial.

Quando um dos fundamentos, entre os vários alegados no recurso, for suficiente para provê-lo, os outros certamente não poderão ser considerados como necessários ao provimento. Porém, é comum, na prática forense, ter em conta dois fundamentos para julgar procedente o pedido, assim como dois fundamentos para dar provimento ao recurso. É claro que o Juiz ou o Tribunal, nestas hipóteses, não precisam examinar todos os fundamentos, bastando analisar um deles. Contudo tanto o juiz quanto o tribunal não estão proibidos de julgar procedente o pedido ou dar provimento à apelação com base em dois fundamentos, ainda que cada um deles seja suficiente a tanto.

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 a apreciaram possam dar origem a uma *ratio decidendi*. No caso em que existem duas razões suficientes, é preciso que ambas, para poderem ser reconhecidas, tenham sido adequadamente discutidas pelos membros do colegiado.

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Reclamação n. 2475, discutiu questão que assume interesse quando se discute a respeito de *obiter dicta*. Mediante esta Reclamação, afirmou-se que a 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 429.610/MG, teria desrespeitado a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1/DF, em que se entendeu que a Lei Complementar n 70/91 - que concedeu isenção para as sociedades civis prestadoras

de serviços profissionais - é materialmente ordinária e apenas formalmente complementar. A 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça 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 Ação Direta de Constitucionalidade n. 1/DF, “considerou que a Constituição da República não exige lei complementar para disciplinar a COFINS, motivo pelo qual se deve ter a LC n° 70/91, que a instituiu, como uma lei apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária. A conseqüência 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 n° 9.430/96, que revogou a isenção da COFINS concedida no inc. II do art. 6° da LC n° 70/91 para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais”.<sup>27</sup>

A liminar requerida na Reclamação foi negada, quando se disse que a decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade n. 1/DF “não assentou ser a Lei Complementar 70/91 lei complementar simplesmente formal. É verdade que no voto do Ministro Relator 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 liminar”<sup>28</sup>. (decisão objeto do Agravo Regimental, da lavra do Ministro Carlos Velloso).

A reclamante, no Agravo Regimental interposto contra esta 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 Lei Complementar 70/91 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

---

<sup>27</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>28</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

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 afirmo (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”.<sup>29</sup>

O Ministro Marco Aurélio, seguindo o voto do relator, observou: “não se fez em jogo, quando julgamos a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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 essa seara. O relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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”.<sup>30</sup>

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 Lei Complementar 70, então questionada, e então afirmados constitucionais”.<sup>31</sup>

O voto do Ministro Gilmar Mendes, ao contrário dos votos dos Ministros Carlos Velloso (relator), Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence - que lhe 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. Isto porque, no seu entender, a eficácia vinculante cobre os motivos determinantes da

---

<sup>29</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>30</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>31</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

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 Lei Complementar n. 70/91 fora tratada no acórdão da Ação Direta de Constitucionalidade n. 1/DF. Consta do voto: “atenta leitura do acórdão na ADC nº 1/DF permite afirmar que a questão da natureza jurídica da Lei Complementar nº 70/91 foi expressamente tratada nos votos dos Ministros Moreira Alves (Relator), Ministro Carlos Velloso (fls. 1740-141) 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 nº 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 Lei Complementar nº 70/91 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 nº 429.610/MG, não observou fundamento determinante de decisão desta Corte Suprema proferida na ADC nº 1/DF, de modo que o pedido da presente reclamação, ao que parece, deve ser julgado improcedente”.<sup>32</sup>

A questão relativa à possibilidade de estender a eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade 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

---

<sup>32</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.



decisão possam ter eficácia vinculante, não há sequer porque questionar, em sede de Reclamação, se determinado pronunciamento da corte, por ocasião do julgamento de ADC, constitui motivo 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 ADC, pouco importa a determinação da ratio decidendi.

O Ministro Carlos Velloso reconheceu que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1, tanto o seu voto quanto o do relator afirmaram que a Lei Complementar n. 70/91 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 sequer poderia declarar que a Lei Complementar 70/91 é materialmente lei ordinária, por isto “não ter sido pedido”. Caso isto fosse declarado estaria o Supremo Tribunal Federal a “decidir extra petita”.<sup>33</sup>

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”.<sup>34</sup>

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

---

<sup>33</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>34</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

desta falta de discussão, o Tribunal não chegou “à decisão a respeito”.<sup>35</sup> 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 esta 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 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 Lei Complementar 70/91 seria materialmente lei ordinária, não poderia o Tribunal isso decidir, sob pena de decidir extra petita”<sup>36</sup>, 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 deste dispositivo. Ademais, deve conter os fundamentos jurídicos do pedido (artigo 14, incisos I, II e III, Lei 9.868/99). 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.<sup>37</sup> 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

---

<sup>35</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>36</sup> Voto do Ministro Carlos Velloso no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>37</sup> Ver STF, ADInMC n. 2396/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 14/12/2001.

de que a Lei “seria materialmente lei ordinária”<sup>38</sup>, 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 Ação Direta de Constitucionalidade n. 1/DF, é que a discussão de a Lei Complementar n. 70/91 ser, materialmente, uma lei ordinária, “*conduziu* à conclusão pela constitucionalidade dos dispositivos em discussão”.<sup>39</sup>

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, nesta dimensão, a própria ementa do acórdão proferido na Reclamação, a salientar que “no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF, o Colegiado *não dirimiu controvérsia* sobre a natureza da Lei Complementar nº 70/91, consubstanciando a abordagem, no voto do relator, simples entendimento pessoal”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Voto do Ministro Carlos Velloso no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>39</sup> Voto do Ministro Gilmar Mendes no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.

<sup>40</sup> Acórdão proferido no Ag. Reg. na Reclamação n. 2475, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 01/02/2008.