



Marinoni: Precedente não evita rediscussão de questões de Direito

A variação frívola do entendimento dos tribunais fez com que a doutrina acordasse para a importância da tutela da segurança jurídica, inclusive como meio de promoção da liberdade e da igualdade. Diante disso, em vários países de *civil law* surgiu uma lamentável confusão entre decisão de questão de titularidade de muitos e decisão capaz de atribuir sentido ao direito. Imaginou-se que o precedente – cuja função é colaborar para o desenvolvimento do direito – pudesse também servir para impedir a relitigação de questões coletivas ou pertencentes a grupos. A raiz da confusão, portanto, está na falta de distinção entre precedente e coisa julgada sobre questão.

O direito processual de *civil law* nunca admitiu que a coisa julgada pudesse recair sobre a questão que necessariamente deve ser decidida para que o litígio seja julgado. De lado o argumento não convincente de Chiovenda de que as decisões anteriores ao julgamento do litígio constituem mero “trabalho lógico”^[1], isso ocorreu fundamentalmente em virtude da ideia, própria ao direito liberal francês, de que cabe ao litigante delimitar o risco da sua demanda, definindo os limites da coisa julgada^[2]. A coisa julgada, no *civil law*, manteve-se presa ao pedido; daí o motivo para se ter exigido, no CPC de 1973, ação (pedido) declaratória incidental para que a coisa julgada pudesse recair sobre a questão prejudicial.

No direito inglês, a proibição de relitigação de questão tem origem no *estoppel by record* – influência do processo germânico primitivo –, marcado pela ideia de proibição de *venire contra factum proprium*^[3]. As cortes inglesas negavam a possibilidade da relitigação de questão muito antes de se ter pensando em *stare decisis* ou em respeito a precedentes^[4]. Tendo o *collateral estoppel* sido reconhecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1876 (*Cromwell v. County of Sac*), o direito estadunidense teve condições de elaborar a devida distinção entre *collateral estoppel* (coisa julgada sobre questão), *class action* e *stare decisis*.

Entendeu-se que o *collateral estoppel*, além de proibir a relitigação da questão em outra ação entre as mesmas partes, pode beneficiar quem não participou do processo em que a decisão foi proferida. Lembre-se que Bentham afirmou, nas primeiras décadas do século XIX, que há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de decisão proferida em processo de que não foi parte, mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em virtude de decisão proferida em processo no qual foi parte simplesmente porque o seu (atual) adversário não foi^[5]. A lição de Bentham foi expressamente invocada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na segunda metade do século XX, particularmente em *Blonder Tongue v. Universidade de Illinois*. Nesse caso, afirmou-se que a decisão que, incidentalmente, declarara a nulidade da patente da Universidade de Illinois em ação que propôs *contra outro laboratório*, poderia ser invocada por *Blonder Tongue* na ação contra ele proposta *pela mesma Universidade*^[6].



De outro lado, a *class action* não foi pensada apenas para permitir a tutela dos direitos dos membros de um grupo, mas para justificar a possibilidade de uma decisão justa *para os membros do grupo e o seu adversário*. Ao contrário do que ocorre no direito brasileiro diante da ação destinada à tutela de direitos individuais homogêneos – em que os representados (curiosamente) *nunca são prejudicados* –, na *class action* a decisão de improcedência produz coisa julgada contra os membros do grupo, impedindo-os de voltar a requerer a tutela dos seus direitos. A coisa julgada, como se costuma dizer, é *pro et contra*. É exatamente por isso que se exige a “representação adequada” dos que ficaram de fora do processo coletivo. Não fosse assim, estaria sendo violado o “direito a um dia perante a Corte”, inserto na cláusula do *due process* – presente na 14ª Emenda[7].

Quando se tem claro que terceiro pode ser beneficiado por decisão proferida em processo de que não foi parte e que o resultado da *class action* tanto pode beneficiar quanto prejudicar os membros do grupo, chega-se à conclusão de que ninguém pode ser prejudicado por uma decisão proferida em processo de que não pôde participar, ao menos mediante um representante adequado.

O que isso tudo tem a ver com o tema dos precedentes? Ora, se a decisão de questão não pode prejudicar quem não participou do processo, alguém certamente poderia perguntar como é possível sustentar que um precedente pode ter eficácia sobre qualquer parte presente em caso futuro.

Na verdade, esse é um ponto que vem sendo discutido com muita intensidade nos Estados Unidos. Após a Suprema Corte decidir *Richards v. Jefferson County*[8] e *Taylor v. Sturgell*,[9] rejeitando a possibilidade de terceiro ser prejudicado pelo *collateral estoppel*, parte da doutrina passou a indagar se o precedente também não geraria uma espécie de eficácia preclusiva a quem não participou do processo. Alguns propuseram, em outras palavras, que o *stare decisis* fosse submetido ao teste do *due process*, assim como o foi o *collateral estoppel*, vedando-se a possibilidade de o terceiro ser prejudicado pela impossibilidade de rediscussão.

Em caso levado à Corte de apelação do Sétimo Circuito, o Judge Posner, ao se deparar com o argumento de que os autores não estariam vinculados a determinado precedente por serem *new parties*, advertiu que o advogado não teria compreendido a doutrina do *stare decisis*, já que o precedente, ao contrário do *collateral estoppel*, pode ser objeto de *distinguishing* e *overruling*[10]. O que o líder da escola *Law and Economics* quis dizer é que a função e a eficácia do precedente não podem ser equiparadas às do *collateral estoppel* (coisa julgada sobre questão).

O precedente não tem a pretensão de proibir a relitigação de questão decidida, mas objetiva conferir sentido ao direito e abrir oportunidade para o seu desenvolvimento. É por esse motivo que o precedente opera mediante a técnica do *distinguishing*, meio mediante o qual a Corte pode ampliar ou restringir o alcance do precedente, adaptando-o às novas situações conflitivas concretas.



Mediante o *distinguishing* as Cortes têm oportunidade de incrementar o direito, regulando casos e questões que, até então, não eram especificamente disciplinados por qualquer precedente. Isso obviamente só é possível quando os casos e as questões não são os mesmos ou idênticos. O *distinguishing* não pode ser visto como uma hipótese de não incidência. Quando um precedente simplesmente não se aplica, este é irrelevante para a tarefa de julgar o caso e desenvolver o direito. Nesse caso poderia haver, como adverte Joseph Raz, no máximo uma visão inocente (*the tame view*) do *distinguishing*[\[11\]](#).

Para que possam ser regulados por precedentes, basta que os casos sejam racionalmente assimiláveis. O precedente é aplicável a *todos os casos que, embora diferentes, racionalmente não podem (não têm razão para) ser solucionados de modo distinto*. Já o *collateral estoppel* – ou a coisa julgada sobre questão – se aplica apenas quando a questão é *idêntica*, ou melhor, diante da questão discutida e decidida em processo em que aquele que deve ser atingido pela coisa julgada teve oportunidade de participar – ao menos de forma indireta, via representante adequado.

Fora isso, o precedente pode ser revogado, o que obviamente não pode ocorrer quando se pensa em coisa julgada sobre questão. Enquanto a coisa julgada tem como resultado a proibição de rediscussão e de nova decisão, o *stare decisis* não pode colaborar para o desenvolvimento do direito sem a possibilidade do *overruling* do precedente que perdeu congruência social ou sistêmica.

Tudo isso permite enxergar o absurdo de se pretender instalar, em face de um conflito com múltiplos afetados, procedimento destinado à formação de *precedente* voltado a regular ações em andamento ou que estão em via de ajuizamento. Embora o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituído pelo CPC de 2015, irrefletidamente tenha atribuído à decisão que julga a questão repetitiva a qualidade de *precedente* (art. 927, III, CPC), há que se entender, para salvar a constitucionalidade do novo procedimento, que nele é imprescindível a participação *de um representante adequado dos litigantes excluídos*[\[12\]](#).

De qualquer forma, da história do *common law* e da clara distinção entre *collateral estoppel* e *stare decisis* é possível extrair importante conclusão: é altamente contraditório, ao se falar em segurança jurídica, admitir que a parte que *já discutiu e foi vencida* tenha o direito de rediscutir a mesma questão apenas por estar litigando com o seu antigo adversário *em nova e diversa ação*, ou mesmo aceitar que o vencido tenha o direito de discutir a mesma questão somente por estar diante de adversário *com outro rosto*[\[13\]](#). Se os precedentes devem ser respeitados, a coisa julgada sobre questão, inclusive em favor de terceiros, é algo teoricamente intuitivo e indispensável para conter a “litigância desnecessária”, fonte do brutal acúmulo de serviço dos juízes e perigoso fator de deslegitimação do Poder Judiciário!

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*



- [1] Giuseppe Chiovenda, Cosa giudicata e preclusione, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 3, Milano: Giuffrè, 1993, p. 256.
- [2] Giovanni Pugliese, Giudicato civile (storia), *Enciclopedia del diritto*, XVIII, 1969. n. 22.
- [3] Henry M. Herman, *The law of estoppel*, Albany: W. C. Little & Co., 1871, p. 8.
- [4] Robert Wyness Millar, The historical relation of estoppel by record to res judicata, *Illinois Law Review of Northwestern University*, v. 35, 1940-1941, p. 53 e ss.
- [5] Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*, London: Hunt and Clarke, 1827, p. 579.
- [6] *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.
- [7] *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940; *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.
- [8] *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.
- [9] *Taylor v. Sturgell*, Supreme Court of the United States, 553 U.S. 880, 2008.
- [10] *Bethesda Lutheran Homes and Services, Inc. v. Born*, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 238 F.3d 853, 2001.
- [11] Joseph Raz diferencia a “*tame view*” e a “*strong view*” do *distinguishing*. Joseph Raz, *The authority of law – Essays on law and morality*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 191 e ss.
- [12] Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 22 e ss.
- [13] Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada sobre questão*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

Date Created

30/04/2019