

ISSN 1679-8694



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas n. 62 p. 1 - 344 jan./jun. 2023

A REVISÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO IRDR

THE REVIEWING OF THE DECISION UTTERED IN THE IRRC

MARINONI, Luiz Guilherme*

Resumo: Neste artigo se analisa a possibilidade de revisão da decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instrumento presente no Código de Processo Civil, nos casos pendentes e futuros, ponderando-se sobre os representantes adequados para fazer o requerimento de tal revisão, a identificação do fundamento a ser discutido, além de outros aspectos envolvendo a questão de direito.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Código de Processo Civil. Revisão da decisão.

Abstract: This article analyzes the possibility of reviewing the decision uttered in the Incident of Resolution of Repetitive Claims, an instrument present in the Code of Civil Procedure, in pending and future cases, considering the appropriate representatives to make the request for such review, the identification of the grounds to be discussed, in addition to other aspects involving the question of law.

Keywords: Incident of Resolution of Repetitive Claims. Code of Civil Procedure. Decision review.

1 A DECISÃO PROFERIDA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO

O art. 985 do Código fala em “tese” em três oportunidades. No *caput* afirma que a “tese jurídica” deve ser **aplicada** aos casos pendentes e aos futuros. No § 1º adverte que, “**não observada a tese adotada no**

*Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Visiting Scholar na Columbia University. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro Honorário do Presidium da International Association of Procedural Law.

incidente, caberá reclamação”. E no § 2º alude à “fiscalização da efetiva aplicação” da “tese adotada” (BRASIL, 2015).

O art. 985, na linha da equivocada premissa que norteia o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), utiliza uma expressão que supõe que a decisão proferida no âmbito do incidente é um precedente. Lembre-se que um precedente é caracterizado por ter *ratio decidendi*, ou melhor, por não poder ser explicado sem a consideração do fundamento que determina a resolução do caso ou a parte dispositiva da decisão. Isso ocorre, basicamente, porque um precedente não está preocupado apenas em resolver o caso ou dar uma solução às partes do litígio. Fala-se em precedente quando se sabe que a vocação do órgão judicial que profere a decisão é a de, ao lado de solucionar o litígio, dar desenvolvimento ao direito e, assim, orientar as pessoas e dar regulação aos casos que estão por vir. Assim, como a parte dispositiva nada diz sobre o direito e, portanto, nada informa à sociedade e àqueles que estão preocupados com os casos futuros, torna-se natural identificar na fundamentação a porção do conteúdo da “decisão” que incorpora o que foi afirmado, em termos de direito, pela Corte.

A *ratio decidendi* e os fundamentos determinantes, expressões tradicionalmente utilizadas para expressar a porção da fundamentação que identifica o modo como a Corte efetivamente resolveu a questão de direito, caracterizam os precedentes¹. Só há razão para falar em *ratio decidendi* ou em fundamento determinante quando se busca delinear o que orienta a vida social e os casos futuros. Quando se pensa apenas nos litigantes, é completamente supérfluo e até mesmo contraditório aludir a *ratio decidendi* e a fundamentos determinantes - embora isto não seja incomum em decisões judiciais e passagens doutrinárias.

Assim como a *ratio decidendi* e os fundamentos determinantes dizem respeito às decisões que orientam a sociedade e os juízes dos casos

¹A busca pela *ratio decidendi* é peculiaridade do processo judicial da Inglaterra, Escócia e dos países cujo sistema legal derivam do *common law* inglês (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 47). No *civil law*, em vista da primitiva função incorporada pelo Judiciário, não havia motivo para preocupação com razões de decidir nem muito menos com a instituição, por parte das Cortes Supremas, de um precedente capaz de regular os casos futuros. Se a Corte Suprema objetiva apenas corrigir a decisão que aplica a lei, basta declarar o seu exato sentido, ou melhor, a exata norma contida no texto legal. Sobre o conceito de *ratio decidendi* no *common law*, ver WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 17-ss.; GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge, n. 3, p. 195-208, 1928, p. 11-16; MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957a, p. 124-ss.; MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957b, p. 587-ss.; SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957, p. 413-ss.; SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 21, 1958, p. 155-ss. Acerca da função da Corte de Cassação, ver CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

futuros, a coisa julgada se mostra ligada aos litigantes. Esclareça-se que a *ratio decidendi* detém implicitamente a ideia da sua obrigatoriedade, até porque pensar numa *ratio decidendi* que pode ou não ser adotada seria não só uma contradição em termos, porém uma verdadeira perda de tempo e de energia.

A ideia de “tese jurídica” é uma versão de *civil law* que certamente será inadequada para retratar a porção da fundamentação que revela o que a Corte pensa sobre uma questão jurídica se for confundida com o resultado do raciocínio interpretativo do colegiado, ou melhor, se for vista como um enunciado da interpretação-resultado ou um resumo da solução conferida à questão de direito. A ideia de tese jurídica, para bem funcionar, não pode ser outra coisa que não o fundamento - subscrito pela maioria do colegiado - que determina a solução do caso ou do recurso, considerada a moldura fática em que as razões determinantes da Corte estão inseridas. A não ser assim, a “tese jurídica” corre o sério risco de se transformar em um enunciado abstrato tão incapaz de regular os casos quanto as velhas máximas do direito italiano e as súmulas do nosso direito. Enunciados abstratos de nada adiantam quando se pensa em regular casos que estão por vir. É que o juiz, para poder saber se uma “tese” ou “*ratio*” se aplica ao caso sob julgamento, não pode deixar de ter em conta a situação conflitiva concreta a partir da qual a Corte expressou as suas razões de direito². Fora desta dimensão, uma *ratio decidendi* não apenas serve para qualquer caso, como também não oferece ao juiz dos novos casos quaisquer critérios que permitam a racionalidade da sua aplicação de modo restritivo ou extensivo³.

²As súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou a partir das máximas, uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law* para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos. Se a súmula é o enunciado da tese de direito, ela não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta. Ao contrário, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes de uma decisão espelham não apenas uma tese de direito, mas, mais propriamente, a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática. Uma súmula obviamente não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, Capítulo IV, item 1.4).

³O *distinguishing* ou a técnica da distinção, referida no inc. VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, não apenas permite a distinção do caso sob julgamento para a não aplicação do precedente, mas igualmente a distinção do caso para a ampliação do alcance do precedente. Isso ocorre quando o caso, a princípio, não se submete ao precedente, mas a racionalidade da *ratio decidendi* diante do caso que deu origem ao precedente evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente. Na última hipótese, a falta de ampliação do alcance do precedente violaria a igualdade perante o direito, fundamento do sistema de precedentes (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, Capítulo IV, item 7.4).

Mas o verdadeiro problema é o de que, tratando-se de incidente de resolução de demandas repetitivas, não há como pensar em precedente e, portanto, nem em *ratio decidendi* nem em “tese jurídica”. No art. 985 o legislador mais uma vez dá clara demonstração de que imagina que o incidente pode dar origem a um precedente obrigatório. Tanto é assim que, ao invés de falar de decisão de questão ou de coisa julgada, grosseira e equivocadamente alude a “aplicação”, “não observância” e “fiscalização da efetiva aplicação” da “tese adotada”.

É um absurdo pensar em aplicar uma “tese” a casos de litigantes que não têm qualquer direito de participar por meio de representantes adequados simplesmente por ter sido firmada em um processo chamado de “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Aliás, o legislador nem mesmo conseguiu encontrar um nome adequado para traduzir o que pretendeu, pois obviamente não se está a resolver demandas, mas a resolver questão de direito prejudicial ao julgamento de demandas. Ora, essa questão de direito só tem motivo para ser resolvida pelo fato de constituir prejudicial ao julgamento de demandas de pessoas que, como se sabe, têm o direito constitucional de apresentá-las ao juiz. Portanto, decidir tal questão de direito como se os litigantes não existissem é um sério e inexplicável escárnio com as garantias constitucionais processuais.

A decisão de tal questão de direito, ainda que em incidente apelidado de resolução de demandas repetitivas, nada tem a ver com *ratio decidendi* ou mesmo pode ser concebida como tese que deve ser aplicada ou fiscalizada e pode não ser observada. O incidente pressupõe um conflito já instalado, do qual derivam demandas pendentes ou que ainda podem ser apresentadas. Gera verdadeira decisão de questão prejudicial ao julgamento de pretensões que já foram exercidas (casos pendentes) ou que ainda poderão ser exercidas (casos futuros). Os litigantes excluídos, que desde a eclosão do conflito tinham direito constitucional de discutir a questão de direito, ficam proibidos de relitigá-la. Isso apenas pode acontecer quando os litigantes excluídos estão adequadamente representados perante o Tribunal.

2 COISA JULGADA ERGA OMNES SOBRE QUESTÃO

É certo que a tradição de *civil law*, traduzida no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, associa a coisa julgada à parte dispositiva da decisão, que responde ao pedido formulado na petição. A relação entre coisa julgada e dispositivo da decisão, assim, tem base no princípio da demanda, que circunscreve a decisão judicial àquilo que foi solicitado pelo autor.

No *common law*, ao contrário, desde tempos imemoriais as questões prejudiciais discutidas e decididas pelo juiz ficam proibidas de ser relitigadas pelas partes. Aí teve relevância, com certeza, a ideia de que não haveria racionalidade em admitir a rediscussão de questão já debatida pelos litigantes e definida pelo juiz, pouco importando se a sua solução não tivesse sido clara e expressamente pedida pelo autor da demanda. Mais do que a liberdade do litigante, importou a autoridade da decisão judicial e a estabilidade das relações sociais.

De qualquer forma, a ideia presente no *common law* não passou despercebida no *civil law*⁴. O Código de Processo Civil de 2015 encampou-a expressamente (art. 503, § 1º), advertindo que a coisa julgada se estende à:

[...] resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
(BRASIL, 2015).

Tendo em vista que o Código firma que a decisão da questão prejudicial ao julgamento do mérito é coberta pela coisa julgada material, resta apenas perceber que o legislador simplesmente transferiu a análise e a decisão das questões prejudiciais ao julgamento das demandas repetitivas para o incidente - que, bem vistas as coisas, é de resolução de “questão idêntica”.

O incidente exige a participação dos representantes adequados dos litigantes excluídos⁵, sob pena de inconstitucionalidade⁶. A

⁴Como demonstram, por exemplo, os trabalhos de TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1972, e VOLPINI, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007.

⁵Para um maior aprofundamento, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2023a, p. 21-99.

⁶A ideia de que basta o autor ou o réu de um processo participar para que todos os litigantes estejam representados é realmente artificial e improcedente - para se dizer o menos. Quer dizer que é preciso elaborar um raciocínio interpretativo sofisticado para salvar a constitucionalidade do procedimento. É necessário resgatar a força da representatividade adequada, considerando-se as normas da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, que conferem legitimidade para a representação dos membros dos grupos perante as ações coletivas ou, mais especificamente, para a tutela dos direitos individuais homogêneos mediante a via coletiva. O art. 979 do Código de Processo Civil, ao advertir que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” (BRASIL, 2015), deve ser invocado para abrir oportunidade para a participação dos entes

decisão da questão idêntica produz coisa julgada *erga omnes*. Essa não é apenas a favor, como acontece na ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos (art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor - CDC), mas a sua eficácia preclusiva não atinge o dedutível. Isso assim ocorre em virtude de que os arts. 985 e 986 admitem a “revisão” da decisão da questão jurídica, a qual, racionalmente, apenas pode ser uma rediscussão da questão de direito já decidida a partir de um fundamento que, embora pudesse ter sido deduzido e discutido, não foi.

3 DECISÃO DO INCIDENTE E RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Afirma-se que a “tese jurídica” será “aplicada” aos casos pendentes e futuros (art. 985, I e II, CPC). Porém, a decisão da questão produz coisa julgada *erga omnes* e, nessa condição, atinge os processos que ficaram suspensos e os casos futuros.

Sublinhe-se que os casos pendentes não são resolvidos pela decisão do incidente. Isso porque as demandas repetitivas têm a questão objeto do incidente apenas como prejudicial. Os objetos das demandas repetitivas não se confundem com o objeto do incidente. Enquanto o objeto do incidente é uma mesma questão de direito, ou seja, uma questão idêntica, as demandas repetitivas têm os mais diversos objetos. Ainda que as demandas repetitivas estejam subordinadas à coisa julgada da decisão sobre a questão idêntica, exigem o julgamento do pedido ou de seu próprio mérito.

Uma vez decidida a questão prejudicial no incidente, o raciocínio do juiz para o julgamento da demanda pode ser mais ou menos trabalhoso e complexo. Assim, por exemplo, uma vez resolvida a questão

legitimados. Essa “ampla e específica divulgação e publicidade” deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de “questão idêntica”. A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associação ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no 979, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim o incidente estará retirando do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los. A Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes **economicamente** necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público **necessariamente** deve assumir a posição de **parte**, ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária etc.

da responsabilidade em favor dos autores das demandas repetitivas, determinadas demandas podem não necessitar de qualquer prova ou se contentar com a prova documental, enquanto outras podem exigir prova testemunhal ou prova pericial.

Lembre-se que o incidente de resolução não permite a produção de prova para o esclarecimento da questão de direito. Só pode ser objeto de incidente a questão de direito que não requer provas para ser decidida. Contudo, uma vez decidida a questão de direito, a demanda repetitiva requer julgamento, para o qual pode ser necessária a produção de prova.

É certo que a questão de direito objeto do incidente deve ser essencial ou determinante do julgamento das demandas repetitivas. Isso quer dizer que a demanda, para ser repetitiva, não pode depender, além da mesma questão de direito, de outra questão passível de excluir a razão de ser da decisão do incidente de resolução. Porém, há algo distinto quando, após a resolução da questão de direito, o julgamento das demandas repetitivas requer o esclarecimento de fatos que dizem respeito a algo que toma a coisa julgada como premissa, ou seja, como prejudicial decidida.

Está claro, portanto, não só que o incidente não resolve demandas mas julga a questão de direito que lhes diz respeito, como também que as demandas repetitivas são singulares, exigindo cada uma um julgamento próprio, embora sempre dependente da solução de uma mesma questão de direito. Em termos práticos, a decisão da questão de direito pode ser, por assim dizer, apenas “transportada” para a definição das demandas repetitivas quando a decisão do incidente for desfavorável aos autores das demandas ou quando, sendo favorável, o julgamento das demandas repetitivas constituir mera consequência lógica da decisão do incidente.

4 DECISÃO DO INCIDENTE E CASOS FUTUROS

A decisão do incidente produz coisa julgada *erga omnes*, beneficiando ou prejudicando todos aqueles que participam por meio do representante adequado. Não há racionalidade em tomar em conta uma situação jurídica, sujeita a demandas que já pendem e que podem vir a ser propostas, sem que aqueles que estão inseridos em tal situação concreta possam participar do processo no qual é discutida a questão prejudicial à tutela dos seus direitos.

Para que a decisão do incidente seja aplicável a casos futuros, estes não só devem constituir demandas que tenham a questão de

direito resolvida no incidente como prejudicial, como ainda devem ser demandas que derivem da mesma situação fático-concreta que fez surgir as demandas que pendiam quando foi instaurado o incidente. Não que os fatos devam ser historicamente os mesmos. Também pode haver demandas repetitivas quando a situação de fato se repete no tempo, de modo a fazer surgir inúmeros casos concretos delineados com base na mesma moldura fática e dependentes da solução de uma mesma questão de direito.

Porém, como já dito, só podem ser alcançados pela coisa julgada que recai sobre questão de direito solucionada em incidente aqueles que, além de terem tido a sua questão de direito posta à decisão, foram representados por um legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos, conforme a Lei da Ação Civil Pública e o CDC, assim como outras leis que outorgam legitimidade coletiva à tutela de específicos direitos. Litigantes de casos futuros que não foram representados no incidente em que a questão de direito foi decidida obviamente não estão sujeitos à coisa julgada, e assim têm liberdade e oportunidade de amplamente discutir a questão de direito e de exigir resolução em conformidade com os seus argumentos.

5 REVISÃO DE OFÍCIO OU POR MEIO DE REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA DEFENSORIA PÚBLICA?

O art. 986, partindo da premissa segundo a qual a decisão de questão idêntica é um precedente que vincula a resolução dos casos pendentes e futuros, afirma que a tese firmada no incidente pode ser revista de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Um precedente, como é óbvio, é ditado para ter vida longa, para ter estabilidade e não surpreender a confiança nele depositada pelos jurisdicionados. É absurdo imaginar um precedente que está em condições de revogação logo após ter sido editado. Mas a tese firmada no incidente, diz o art. 985, II, pode ser revogada diante dos casos futuros, ou seja, pode ser revogada em face das demandas repetitivas que podem ser propostas logo depois do trânsito em julgado da decisão proferida no incidente. **Equivale a dizer que a tese poderia ser revogada com base no argumento de que a questão de direito foi mal resolvida. Verifica-se, também por isso, que a tese firmada no incidente realmente não pode ser pensada como precedente.**

Ora, um precedente não pode ser questionado apenas por se supor que não guarda a melhor solução jurídica. Deve ser revogado

quando não mais corresponde aos padrões de congruência social e/ou de consistência sistêmica⁷, quando há alteração da concepção geral sobre o direito - revelada em artigos, livros e decisões -, bem como quando tem em sua base um claro equívoco. Mas a revogação do precedente, além de depender destas razões, deve ao mesmo tempo considerar os valores que sustentam a estabilidade, especialmente o da confiança justificada. A consideração desse valor importa para que os efeitos temporais da decisão não apanhem o jurisdicionado de forma injusta. O ônus de analisar os valores da estabilidade, na verdade, constitui um meio de prevenir a “surpresa injusta”.

Note-se que a decisão do incidente seria um precedente relacionado a uma **situação passada** que pode dar azo a **demandas futuras**. Trata-se de algo verdadeiramente absurdo, pois a razão de ser do precedente é orientar a sociedade e outorgar previsibilidade aos cidadãos, para que condutas possam ser praticadas com a segurança de que estão amparadas pelo Direito e serão referendadas pelo Judiciário. Uma situação que já ocorreu certamente não pode se beneficiar de um precedente. A decisão do incidente, equivocadamente imaginada pelo legislador como precedente, pode apenas servir para assegurar uma única decisão a casos múltiplos, o que foge das razões que inspiram um sistema de precedentes.

Quem faz parte de uma situação que ocorreu antes de um precedente ser firmado jamais poderá ser alvo de surpresa injusta em decorrência da sua revogação. Ora, ninguém pode ser surpreendido pela revogação de um precedente que não existia. Isso demonstra que a revogação de tese firmada em incidente nada tem a ver com revogação de “precedente obrigatório”. Esta revogação sequer precisa considerar os valores da estabilidade, muito menos o da confiança justificada. Toca às raias do absurdo imaginar que alguém possa ser surpreendido pela revogação de uma “tese” que sequer existia quando da prática da sua ação ou omissão.

Porém, o art. 986 ainda diz que a revisão da tese pode ser realizada de ofício pelo Tribunal que a firmou ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública. É estranho que uma decisão que interessa a partes diversas possa ser revogada sem requerimento dos interessados ou de seus representantes adequados. Também é muito estranho que a sorte da decisão possa ficar entregue ao Ministério

⁷O precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Não tem consistência sistêmica quando não guarda coerência com as decisões da própria Corte Suprema. Isso ocorre especialmente quando a Corte passa a decidir com base em proposições incompatíveis com as que sustentaram o precedente. V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, Capítulo 4, item 9.1; EISENBERG, Melvin. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 14, 26 e 37.

Público e à Defensoria Pública enquanto entes preocupados apenas com a correção da decisão tomada no incidente, como se esta não afetasse concretamente ninguém. Isso soa como uma previsão autoritária, típica dos regimes totalitários, nos quais o Estado e os órgãos que representam o “povo” se sobrepõem aos interesses das pessoas.

Ainda que a decisão fosse um precedente, não teria cabimento que este só pudesse ser revogado de ofício pelo Tribunal que o instituiu ou somente mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública enquanto órgãos interessados na otimização e no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Um precedente pode ser revogado pela Corte que o editou a partir de debate entre partes interessadas na solução de um caso e, assim, do requerimento de uma dessas partes para a não aplicação do precedente ao caso sob julgamento, em vista da sua superação ou equívoco manifesto na base do raciocínio que conduziu à sua elaboração.

Como será demonstrado nos próximos itens, a solução da questão de direito só pode ser revista mediante a invocação de outro fundamento - não discutido - por qualquer dos litigantes excluídos ou por qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente. É certo que o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão pedir a revisão da questão de direito, mas como representantes adequados dos prejudicados pela decisão, mediante atuação vigorosa em favor de litigantes excluídos, e não como entes descomprometidos com a tutela dos direitos daqueles que, de acordo com a lei - Lei da Ação Civil Pública e CDC -, devem defender em juízo.

6 JUSTIFICATIVA DA POSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA QUESTÃO DE DIREITO COM BASE EM FUNDAMENTO QUE PODERIA TER SIDO DEDUZIDO

A questão de direito, como é óbvio, pode ser discutida e decidida a partir de diferentes fundamentos. É certo que a discussão e a decisão da questão de direito com base no fundamento “x” não equivalem à discussão e à decisão da mesma questão de direito com base no fundamento “y”. No entanto, uma lógica de eficiência, que prioriza a eliminação dos litígios, permite sustentar que uma decisão tomada a partir de fundamentos livremente deduzidos obstaculiza a rediscussão da questão decidida com base em fundamentos anteriormente não deduzidos. Estes fundamentos estariam preclusos, seguindo-se a regra do “deduzido e do dedutível”.

A regra do deduzido e do dedutível está prevista no art. 508 do Código de Processo Civil, segundo o qual,

Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. (BRASIL, 2015).

Porém, isso não quer dizer que essa regra tenha que se aplicar à coisa julgada sobre questão decidida no incidente.

Deixe-se claro, em primeiro lugar, que a regra que faz precluir o dedutível não é indissociável da coisa julgada material. Esta guarda autonomia em relação à sua eficácia preclusiva. Ademais, o fato de a regra estar presente no Código de Processo Civil não quer dizer que sempre deva estar associada à coisa julgada material. O art. 503, § 1º, II, exclui a coisa julgada sobre questão prejudicial quando a seu respeito não tiver havido contraditório prévio e efetivo. Essa norma, ao afirmar que a questão prejudicial não devidamente discutida não faz surgir coisa julgada, confere à parte sucumbente oportunidade de voltar a discuti-la em processo futuro com base em qualquer fundamento ou prova. Ora, o mesmo motivo que exclui a coisa julgada sobre questão em virtude de discussão insuficiente ou quando há revelia pode eliminar a eficácia preclusiva da coisa julgada quando, apesar de a questão ter sido discutida em determinada perspectiva, não o foi a partir de outro fundamento.

Lembre-se, por ser extremamente oportuno, que o *collateral estoppel* depende de a questão ter sido discutida e decidida⁸. Na verdade, a principal distinção entre o *collateral estoppel* - vedação de relitigar a questão - e a proibição de propor a mesma ação está em que o primeiro alcança apenas as questões **debatidas e decididas** no processo, enquanto que, na segunda hipótese, restam preclusas todas as alegações de fato e de direito que a parte poderia ter deduzido⁹.

⁸"Issue preclusion establishes in later trial on different claim identical issues resolved in earlier trial, if certain conditions are met: first, **issue must have been actually litigated, that is, contested by parties and submitted for determination by court**; second, **issue must have been actually and necessarily determined by court of competent jurisdiction in first trial**; and third, **preclusion in second trial must not work an unfairness**" (Otherson v. Department of Justice, I.N.S., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 21, 1983, 711 F.2d 267, 228 U.S.App.D.C. 481). Em igual sentido: Canonsburg General Hosp. v. Burwell, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, December 1, 2015, F.3d, 2015 WL 8051408.

⁹A ideia está muito clara nos Tribunais estadunidenses: "Although in broad, general sense 'res judicata' encompasses concept of collateral estoppel, **strictly speaking 'res judicata' bars second suit involving same parties and same cause of action on all matters that were part of first suit and all issues that could have been litigated, while doctrine of 'collateral estoppel' precludes relitigation only of issues that were actually litigated in initial suit**, whether or not second suit is based on same cause of action" (Precision Air Parts, Inc. v. Avco Corporation, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, July 24, 1984, 736 F.2d 1499). No mesmo sentido, mais recente: Batchelor-Robjohns v. United States, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, June 5, 2015, 788 F.3d 1280.

Nos Estados Unidos, a limitação dos efeitos preclusivos da coisa julgada sobre a questão - ou do *collateral estoppel* - está nitidamente fundada em razões centradas na imprevisibilidade da parte em relação à importância da questão em um outro processo¹⁰. Afirma-se, por exemplo, que o autor pode não discutir em toda a sua extensão uma determinada questão por considerar que a demanda proposta tem valor econômico incompatível com o custo para tanto, o que não justificaria o seu sacrifício numa demanda futura dotada de importância¹¹. Na verdade, admite-se que os efeitos preclusivos da decisão da questão devem ser restritos pelo fato de o litigante ter dificuldade em saber o significado que a questão pode assumir em um processo futuro¹². É interessante lembrar que, em casos de *offensive collateral estoppel*¹³, entende-se que a empresa ré, apesar de ter tido a sua responsabilidade reconhecida numa determinada demanda, pode voltar a discuti-la em demanda proposta por outra vítima do mesmo acidente se anteriormente não produziu todas as provas ou simplesmente deixou de se defender de maneira adequada em virtude da pequena indenização pleiteada¹⁴. De qualquer forma, o que importa é que o efeito preclusivo é restrito ao discutido e decidido com base em valorações preocupadas em não surpreender ou prejudicar o litigante¹⁵.

No incidente de resolução há algo mais relevante e claro para justificar a limitação da eficácia preclusiva. Ora, se a parte que não discute a questão de forma adequada não fica sujeita ao *collateral estoppel*, por razão mais evidente o litigante excluído cujo representante não discutiu determinado fundamento não pode ser obstado de voltar a discutir a questão de direito. Enquanto no processo individual, diante do problema da coisa julgada sobre questão, evita-se prejudicar quem não teve

¹⁰GLOW, Lisa L. *Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy*. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 30, 1988.

¹¹VOLPINO, 2007, p. 322-323.

¹²"Issue preclusion is sometimes unfair if party to be bound lacked an incentive to litigate in first trial, especially in comparison to stakes of second trial" (Peavey v. United States, United States District Court, District of Columbia, August 26, 2015, F.Supp.3d, 2015 WL 5063164).

¹³"'Offensive use of collateral estoppel' permits plaintiff who was not party to prior action to estop defendant from relitigating issues which defendant litigated and lost in prior action" (Kramer v. Showa Denko K.K., United States District Court, S.D. New York, June 20, 1996, 929 F.Supp. 733).

¹⁴PEREA, Ashley C. *Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel*. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, v. 40, 2008; SEGAL, Joshua M. D. *Rebalancing fairness and efficiency: the offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions*. **Boston University Law Review**, Boston, v. 89, 2009.

¹⁵Como dito em *Otherson v. Department of Justice*, I.N.S., "preclusion in second trial must not work an unfairness" (*Otherson v. Department of Justice*, I.N.S., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 21, 1983, 711 F.2d 267, 228 U.S.App.D.C. 481). Ver também *Yamaha Corp. of America v. United States*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, April 14, 1992, 961 F.2d 245.

oportunidade de efetivamente discuti-la, em face do incidente não é possível, a partir de uma suposição de que a parte não quis discutir o fundamento, eliminar a possibilidade de rediscussão da questão por quem participou apenas indiretamente do processo.

A ficção de que a parte abriu mão da discussão do fundamento ao não alegar não vale no incidente, na medida em que os titulares dos direitos estão apenas representados e o representante **deve deduzir todos os fundamentos válidos e importantes para a discussão da questão**. Tendo em vista que a participação adequada do representante é indispensável para a preservação de direitos fundamentais processuais, a falta de discussão e decisão sobre fundamento capaz de propiciar decisão favorável aos representados é um *deficit* que necessariamente deve poder ser superado. Em outras palavras, a não apresentação de fundamento pelo representante não pode prejudicar os litigantes excluídos.

Reitere-se que a rediscussão de uma decisão com base em fundamento que era dedutível não atenta contra a ideia de coisa julgada. Como é sabido, o recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o discurso tenha razão de ser e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. É por isso que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral¹⁶. A coisa julgada, portanto, é uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, desta forma, um discurso jurídico propriamente dito. A coisa julgada é uma regra formal do discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental, apresentando-se, dessa forma, como uma condição de possibilidade do discurso jurídico¹⁷.

Contudo, a eficácia preclusiva em relação ao dedutível é um elemento de garantia da estabilidade da decisão, mas não propriamente algo imprescindível para evitar a continuação do discurso. Para impedir o prolongamento do discurso basta impedir a rediscussão daquilo que já foi efetivamente discutido e decidido. Assim, como jamais se pode admitir a rediscussão do que já foi discutido e decidido, até para que o discurso do Tribunal não deixe de ter razão de ser, a “revisão da tese jurídica”, de que fala o art. 986, só pode ser a revisão da tese com base em fundamento não discutido e decidido, capaz de ser invocado pelos excluídos ou por outro representante adequado atuando em seus nomes.

¹⁶V. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2023b, p. 1121-ss.

7 RELAÇÃO DO DEVER DE JUSTIFICAR TODOS OS FUNDAMENTOS DISCUTIDOS COM A POSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DA QUESTÃO DE DIREITO: o problema da identificação do fundamento não discutido

Se a decisão da questão de direito pode ser rediscutida com base em fundamento que poderia ter sido deduzido mas não foi, surge o problema de saber se determinado fundamento estava entre aqueles que foram discutidos no incidente em que se decidiu a questão.

Na verdade, o que realmente importa saber é se determinado fundamento foi discutido e decidido. Sabe-se que um fundamento discutido deve ser decidido e um fundamento decidido não pode não ter sido discutido. Nesse sentido, olhar para a discussão e para a decisão de um fundamento é apenas um exercício destinado a facilitar a identificação de se determinado fundamento está precluso. É que nem sempre é fácil verificar se determinado fundamento foi discutido pelas partes ou decidido pelo juiz. Equivale a dizer que os argumentos das partes e a fundamentação do acórdão podem auxiliar na identificação da prévia discussão de um fundamento.

Nessas condições, cabe ter em conta o § 2º do art. 984, o qual diz que “o conteúdo do acórdão **abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados** concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (BRASIL, 2015). Esta norma estabelece uma clara relação entre a justificativa e a discussão dos fundamentos. Embora faça isso também para demonstrar que o direito de influir sobre o convencimento do Tribunal depende de devida justificativa, na medida em que de nada adianta discutir um fundamento se o Tribunal não justifica o motivo pelo qual o acolhe ou o rejeita, a imposição de um dever de análise e justificativa de todos os fundamentos discutidos tem grande importância quando o problema é exatamente o de saber qual fundamento está livre para abrir oportunidade a outra discussão da questão de direito.

A determinação da necessidade de análise de todos os fundamentos discutidos elimina, a princípio, o problema de buscar nos argumentos das partes amostras da discussão de determinado fundamento. Quando o réu alega, em ação na qual se requer a rediscussão da questão de direito, que o fundamento invocado pelo autor já foi discutido, a resposta estará na justificativa do acórdão emanado do julgamento da questão de direito no incidente. Apenas quando o acórdão deixar de analisar determinado fundamento, violando o art. 986, o réu terá necessidade de recorrer aos argumentos das partes para evidenciar a sua discussão. O vício de justificativa do acórdão, como é óbvio, não pode transformar um fundamento discutido em fundamento não-discutido.

Fora daí, a necessidade de justificativa de todos os fundamentos resolve o problema da identificação daquilo que não pode ser invocado para a rediscussão da questão de direito. Porém, a lógica da relação entre justificativa e discussão dos fundamentos se completa com a imprescindibilidade do prévio delineamento dos fundamentos que devem ser debatidos pelo colegiado para a solução da questão de direito. Como diz o art. 984 do Código, o relator, ao fazer “a exposição do objeto do incidente”, deve definir, ouvindo os demais membros do colegiado, os fundamentos que serão objeto do debate.

A falta de delimitação dos fundamentos no início do julgamento torna possível o esquecimento dos fundamentos já discutidos pelas partes, a discussão de fundamento sem que as partes tenham sobre ele discutido, assim como a fragmentação da discussão dos fundamentos, ou seja, a possibilidade de, por exemplo, um fundamento ser discutido por dois julgadores, outro por três e um outro ser invocado apenas por um dos julgadores. Mediante a prévia delimitação dos fundamentos, evita-se que alguns julgadores desconsiderem um ou mais fundamentos, assim como que determinado fundamento apenas seja lembrado depois de vários membros do colegiado já terem votado.

Lembre-se que não é incomum, na prática, um julgamento que ignore fundamentos já discutidos, que considere fundamento nunca debatido ou ainda que se realize mediante votos que analisam fundamentos distintos. As três hipóteses estão expressamente vedadas pelo § 2º do art. 984. Esta norma, além de exigir a análise de todos os fundamentos discutidos, obviamente não permite a discussão de fundamento não debatido pelas partes - em consonância com os arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil. Mas a sua verdadeira sofisticação está em impor a discussão de cada um dos fundamentos por todo o colegiado. Na verdade, como a discussão da questão de direito não pode ser dissociada do fundamento, caso o fundamento não tivesse que ser discutido por todo o colegiado haveria sempre apenas vários julgamentos individuais dos membros do colegiado. Nunca existiria deliberação colegiada. Isso não quer dizer que todos os membros do colegiado tenham que votar cada um dos fundamentos. Significa somente que todos devem debater sobre os fundamentos a partir de uma ordem lógica que considere cada um deles, evitando-se a sua dispersão em meio do julgamento. Afinal, não se está decidindo sobre o fundamento, mas sobre a questão de direito a partir dos fundamentos.

Só quando há julgamento colegiado, e não mero ajuntamento de julgamentos individuais, o acórdão pode justificar os fundamentos que realmente foram discutidos, deixando de ter necessidade de enfrentar argumentos de um ou alguns julgadores a respeito de fundamentos não postos à discussão. Sabe-se que estes argumentos são *obiter dicta*, ou

seja, não são relevantes enquanto fundamentação¹⁸. Não podem ser considerados nem fundamento majoritário, nem fundamento concorrente ou fundamento divergente exatamente por não terem sido discutidos pelos membros do colegiado. Devem ser vistos como argumentos expostos de passagem, ou melhor, como argumentos que trataram de fundamentos que não eram objeto de deliberação.

De modo que a individualização dos fundamentos que devem ser discutidos, além de importante para a racionalidade da discussão e uma efetiva deliberação colegiada, elimina o grave problema dos acórdãos que aludem a fundamentos irrelevantes. Isso faz perceber que a dificuldade da identificação do fundamento não discutido não estaria apenas na deficiência da justificativa, mas também na alusão a fundamentos que foram considerados apenas de passagem por alguns julgadores.

8 QUEM PODE REDISCUTIR A QUESTÃO DE DIREITO E DE QUE FORMA

A questão de direito pode ser rediscutida por qualquer legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente ou por qualquer um dos representados.

Não há racionalidade em supor que apenas o Ministério Público e a Defensoria Pública podem rediscutir a questão de direito. Em primeiro lugar porque esses entes, caso tenham participado do incidente, não podem rediscutir a questão. Em segundo lugar porque não há motivo para limitar a discussão de uma questão que interessa a muitos a apenas dois dos vários legitimados à tutela de direitos individuais homogêneos. De modo que qualquer um desses legitimados, desde que não tenha participado da discussão que levou à decisão da questão de direito, pode propor a sua rediscussão com base em fundamento não discutido. A ação de revisão, por assim dizer, deve ser proposta pelo representante adequado - que não tenha participado do incidente - perante o mesmo Tribunal em que se processou o incidente no qual proferida a decisão, nos termos do art. 986 do Código.

¹⁸De acordo com Neil Duxbury, é possível entender como *obiter dicta* um argumento que não tem relação com o resultado, que não é conectado com os fatos do caso ou que é relacionado a ponto não suscitado por nenhuma das partes (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 1991, p. 68). Segundo Robert Summers, a espécie de *dicta* mais comum no direito estadunidense consiste em declarações do Tribunal sobre hipóteses às quais não foi chamado a decidir ou está realmente decidindo (SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States* (New York). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 385).

Por outro lado, os próprios representados poderão rediscutir a questão de direito se tiverem à disposição fundamento que não foi discutido e decidido. Vale dizer que poderão propor as suas ações, cujo pedido dependerá do exame da mesma questão de direito, porém a partir de um fundamento não discutido. Ou, inversamente, poderão se defender, contestando a decisão tomada no incidente, igualmente com base em fundamento que não foi discutido e decidido.

9 REDISCUSSÃO DA QUESTÃO DE DIREITO APENAS PARA OS CASOS FUTUROS

O art. 985 do Código de Processo Civil afirma que a decisão proferida no incidente “será aplicada” a todos os processos que “**tramitem** na área de jurisdição do respectivo tribunal” e “**aos casos futuros**” que “**venham a tramitar** no território de competência do tribunal, **salvo revisão na forma do art. 986**”. Como está claro, permite-se a revisão da decisão apenas em face dos “casos futuros”, ou seja, dos casos que “**venham a tramitar**” (BRASIL, 2015).

Assim, a eficácia preclusiva da coisa julgada exclui o dedutível apenas para os casos futuros. A eficácia preclusiva da coisa julgada, englobando o deduzido e o dedutível, é voltada apenas aos processos que já existem. A preclusão do dedutível não vale para as ações que podem ser propostas a partir da formação da coisa julgada no incidente.

De modo que os legitimados que não participaram do incidente podem agir, a partir de fundamento não discutido e decidido, apenas em face dos casos futuros e não para impedir o julgamento das demandas pendentes com base na decisão da questão que lhes é prejudicial.

Os titulares de pretensão à tutela de direito que depende da resolução da mesma questão de direito, e que, assim, ainda podem propor ações repetitivas, não ficam proibidos de agir enquanto não revista a questão de direito a seu favor. Note-se, em primeiro lugar, que caso fosse assim, o motivo que justifica a instauração do incidente jamais estaria presente para impulsionar a ação dos legitimados adequados, já que nunca existiriam novas demandas repetitivas.

Na verdade, se os representados que não tinham casos pendentes quando da decisão proferida no incidente podem rediscuti-la por meio de representante adequado, não há como entender que eles não possam propor suas ações ou se defenderem quando um de seus representantes adequados age ou, ainda com mais razão, não age. A possibilidade de os indivíduos invocarem fundamento não discutido para renovar a discussão da questão em suas demandas individuais é mera consequência de se poder rediscutir a questão com base em outro fundamento, de

modo que não pode estar obstaculizada pela não atuação ou mesmo pela ação dos representantes adequados. Nessa última hipótese, o que se pode sustentar é a suspensão dos novos casos pendentes enquanto não resolvido o pedido de “revisão” formulado pelo legitimado à tutela dos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 1991.

EISENBERG, Melvin. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GLOW, Lisa L. Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation *v.* Judicial Economy. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 30, 1988.

GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge, n. 3, p. 195-208, 1928.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2023a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2023b.

MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957a.

MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957b.

PEREA, Ashley C. Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, v. 40, 2008.

SEGAL, Joshua M. D. Rebalancing fairness and efficiency: the offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. **Boston University Law Review**, Boston, v. 89, 2009.

SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957.

SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 21, 1958.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York). *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997.

TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni. **Rivista di diritto processuale**, Padova, 1972.

VOLPINO, Diego. **L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana**. Padova: Cedam, 2007.

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