

COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM FAVOR DE TERCEIROS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná.
guilherme@marinoni.adv.br

SUMÁRIO: 1. A coisa julgada em favor de terceiros diante dos precedentes obrigatórios; 2. A projeção do entendimento de que o *collateral estoppel* não pode prejudicar terceiros sobre o *stare decisis*; 3. O *stare decisis* em *Richards v. Jefferson County* e *Taylor v. Sturgell*; 4. Outros casos em que o *stare decisis* foi equiparado à *virtual representation*; 5. Efeitos do *collateral estoppel* ou da coisa julgada sobre questão e efeitos do precedente obrigatório; 6. Os distintos efeitos da coisa julgada sobre questão e do precedente obrigatório derivam de suas diversas naturezas; 7. Por que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser vista como um precedente?

RESUMO: A aproximação entre o *nonmutual collateral estoppel* e o *stare decisis* tem proporcionado importante discussão no direito estadunidense. Tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015 trata de ambos os temas (arts. 503, 926 e 927, CPC), é extremamente oportuno participar da discussão que vem sendo travada em um dos países que mais desenvolveu o tema até hoje.

PALAVRAS CHAVES: Coisa Julgada Sobre Questão, Precedentes Obrigatórios, IRDR

ABSTRACT: An approximation between the nonmutual collateral estoppel and the stare decisis has been object of a very important discussion in the US law. As the Code of Civil Procedure of 2015 attends to both issues (articles 503, 926 and 927 of the Code), it is extremely opportune to participate of the discussion that has been held in one of the countries that has developed the topic the most.

KEYWORDS: Collateral Estoppel, Stare Decisis, IRDR

1. A coisa julgada em favor de terceiros diante dos precedentes obrigatórios

Não há dúvida de que a coisa julgada sobre questão pode recair sobre questão de direito que depende de produção de prova e sobre questão eminentemente de direito. Nesta perspectiva, embora a coisa julgada sobre

questão não se confunda com o precedente obrigatório, a possibilidade de ambos poderem ser invocados por terceiros os aproxima¹.

Contudo, a coisa julgada sobre questão está distante dos precedentes obrigatórios por vários motivos. Em primeiro lugar, a coisa julgada e o precedente agregam-se à decisão judicial por razões e com objetivos diferentes. Além disto, a coisa julgada e o precedente têm efeitos distintos. Por fim, o modo operativo de um e outro não são em nada semelhantes.

A coisa julgada sobre questão tutela as decisões judiciais, impedindo a sua desconsideração, modificação e rediscussão. Isto ocorre em nome da autoridade do Judiciário, expressa nas suas decisões, bem como da estabilidade das relações sociais, da segurança jurídica, da coerência do direito e da eficiência da administração da justiça.

A coisa julgada sobre questão visa, fundamentalmente, impedir a admissão da relitigação de questão já discutida e decidida, dirigindo-se, assim, contra a parte vencida e contra o juiz dos casos futuros, ficando o primeiro obstado de invocar a questão e o segundo obrigado a repelir a tentativa da sua rediscussão e, por consequência, proibido de redecidi-la.

O precedente obrigatório, por sua vez, deriva da necessidade de se atribuir unidade ao sentido do direito delineado pelas Cortes Supremas, para que o homem possa, com liberdade, fazer as suas opções e desenvolver-se, sem ser surpreendido quando da aplicação do direito na sua vida, nos seus negócios e nos seus eventuais litígios. Ademais, o precedente obrigatório é indispensável para que todos sejam tratados de forma igual perante o direito e o juiz.

O precedente obrigatório gera ao Judiciário uma obrigação de conduta, na medida em que nenhum juiz tem como fugir da sua aplicação nos casos por

¹ O Código de Processo Civil, em oportuno momento, deixou claro que a coisa julgada apenas não pode prejudicar terceiros, sinalizando, portanto, que obviamente pode beneficiá-los (art. 506, CPC). Embora a doutrina da época do código de 1973 não tenha tido condições de ensaiar demonstração a respeito da impropriedade do art. 472, o Código de Processo Civil de 2015, em nítida e indiscutível ligação com a experiência estadunidense, afirmou pioneiramente no *civil law* que a coisa julgada recai sobre questão discutida e decidida, necessária ao julgamento do pedido (art. 503, CPC), e que esta não pode atingir terceiro apenas quando pode prejudicá-lo (art. 506, CPC). Em outras palavras, o Código de Processo Civil libertou o direito brasileiro da velha e imprópria regra que vincula a coisa julgada às mesmas partes, pedido e causa de pedir. Ver Giovanni Pugliese, *Giudicato* (dir. civ.), *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 25.

ele regulados. O juiz que não aplica precedente, deixando de justificar com precisão as razões da distinção, comete ilegalidade e desafia a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade. A própria Suprema Corte não pode deixar de aplicar o precedente que criou, a menos, é claro, que a hipótese seja de distinção ou de revogação.

O precedente é o direito que regula, *a priori*, o caso conflito concreto, de modo que os litigantes não são constrangidos pela sua obrigatoriedade. Um caso é resolvido mediante a aplicação de precedente porque este revela o direito que o regula. De outro lado, uma questão deixa de ser relitigada porque já foi decidida com força de coisa julgada. Assim, a coisa julgada sobre questão inibe o vencido, impedindo-o de relitigar. Note-se que o precedente colabora com o juiz do novo caso, auxiliando-o a resolvê-lo, mas a coisa julgada sobre questão apenas constrange ou limita, vedando a rediscussão e excluindo a possibilidade de redecisão.

Porém, seria possível dizer que a parte do novo caso também fica proibida de rediscutir a questão delineada no precedente, assim como o juiz de redecidi-la. Sucede que o precedente nada mais é do que o direito em sua versão final ou mais elaborada; o precedente é a fórmula reveladora da coparticipação do Judiciário no fenômeno de frutificação do direito. Após o precedente ter sido firmado pela Suprema Corte, na sua função precípua de atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito, simplesmente nada mais há que possa ser discutido e decidido quanto à questão de direito resolvida mediante o precedente. Resta somente aplicá-lo para a resolução dos casos concretos.

De modo que não há como pretender equiparar a proibição de relitigação de questão decidida (com força de coisa julgada) com a impossibilidade de rediscussão do direito já delineado em precedente da Suprema Corte.

Desta brutal diferença decorre a inequívoca distinção do modo de operação do juiz do segundo processo, conforme se trate de coisa julgada sobre questão e precedente. O precedente pode ser revogado ou deixar de ser aplicado – mediante a técnica do *distinguishing* e a devida justificativa – ao caso sob julgamento. Já a coisa julgada, além de completamente incompatível

com a revogação, não se submete à técnica do *distinguishing*, mas apenas a uma mera *diferenciação*.

Porém, para se evitar equívocos, é preciso não confundir o juízo de identificação-distinção próprio à coisa julgada com o *distinguishing*, utilizável apenas quando se pensa em precedente obrigatório ou em *stare decisis*. A coisa julgada sobre questão proíbe a relitigação da mesma questão ou de questão idêntica. Do mesmo modo, uma vez decidido o incidente de resolução de demandas repetitivas, o juiz de caso futuro, para admitir a possibilidade de relitigação, tem que afirmar que *não* está diante da *mesma* questão que foi resolvida no incidente.

Ocorre que isto está *muito longe do significado da “distinção” particular* aos precedentes ou ao *stare decisis*. O *distinguishing* não é mera técnica de *diferenciação*, pois tem grande importância para o desenvolvimento do direito mediante precedentes. Note-se que a técnica referida no inc. VI do § 1.º do art. 489 do Código de Processo Civil não apenas permite a distinção do caso sob julgamento *para a não aplicação* do precedente, mas também a distinção do caso *para a ampliação ou a restrição do alcance* do precedente. Esta última situação ocorre quando o caso, a princípio, não está submetido ao precedente, mas a racionalidade da *ratio decidendi* evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente, ou quando o caso, também a princípio, submete-se ao precedente, mas a sua racionalidade evidencia que o caso que está nas mãos do juiz não deve ser regulado pelo precedente. Nestas hipóteses, a falta de ampliação e de restrição do alcance do precedente violaria a igualdade perante o direito, fundamento do sistema de precedentes².

O *distinguishing* permite que o sistema de precedentes se torne maleável e, assim, seja capaz de dar conta das novas realidades sem perder a sua função de tutela dos valores da estabilidade³. Frise-se que, com a

² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5ª. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, Capítulo IV, item 7.4; Luiz Guilherme Marinoni, *Why does the civil law disregard precedents – A justification in a modern historical perspective*, Columbia University, New York, 2009, p. 119 e ss.

³ A aplicação da técnica da distinção exige a ponderação entre os fundamentos ou as razões do precedente e os valores que justificam o sistema de precedentes, vale dizer, os valores da segurança, da coerência da ordem jurídica, da igualdade e da liberdade.

extensão ou a limitação⁴ do alcance dos precedentes, estes se tornam adequados à regulação de outras e distintas realidades⁵. O direito, tal como posto no precedente, adapta-se às situações que surgem na medida em que o tempo passa.⁶ De modo que realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade (na medida em que o precedente não é revogado) e para o desenvolvimento do direito, *ao contrário da mera distinção realizada para dizer que uma questão é igual ou não àquela que já foi decidida*.

É preciso ter em conta que o precedente regula a aplicação do direito e, do mesmo modo que a norma legal, pode ser interpretado por todo e qualquer juiz ou tribunal quando da sua consideração em face de determinado caso concreto. O precedente não se aplica “automaticamente” à resolução de casos, ou seja, o *distinguishing* não pode ser visto como uma hipótese de não incidência⁷. Aliás, sustenta-se no *common law* que, quando o juiz simplesmente não aplica um precedente, não há verdadeiramente *distinguishing*. Quando a Corte pode afirmar a não incidência de um precedente, este é irrelevante para a sua tarefa de julgar o caso e desenvolver o direito. Vale dizer que 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. Isto obviamente só é possível quando os casos e as questões não são os mesmos ou idênticos. Quando a Corte, ao comparar a questão posta no caso sob julgamento com a decidida no precedente, emite juízo de incidência ou de não incidência, há simples aplicação do precedente ou mera *diferenciação* ou afirmação de que a questão que está sendo analisada não é a mesma ou idêntica. Nesta última

⁴ Realmente, a adequada aplicação da técnica da distinção não apenas confere ao juiz do caso sob julgamento a possibilidade de não aplicar o precedente sob o argumento de que o caso é distinto, mas principalmente o poder de estender ou restringir a *ratio decidendi* para solucionar caso que, a princípio, não deveria ou deveria ser regulado pelo precedente.

⁵ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5a. ed, Capítulo III, item 4.2; Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes*, Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 201 e ss.

⁶ Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, esp. itens 5, 8 e 9.

⁷ Ramon Santos, A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical nos precedentes, *Dissertação de Mestrado*, Orientador: Professor Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, 2018, esp. p. 102 e ss.

hipótese poderia haver, tomando-se as palavras de Joseph Raz, no máximo uma visão atenuada ou inocente (*the tame view*) do *distinguishing*⁸.

Frise-se que os casos não precisam ser iguais para serem regulados por precedentes, mas apenas similares. Já a decisão de questão só se aplica em face de questão *idêntica*, ou seja, que já foi discutida e decidida em processo em que aquele que deve ser atingido pela coisa julgada teve oportunidade de participar - ao menos de forma indireta. Nesse situação, como a questão é *idêntica*, a decisão não abre espaço para interpretação ou para a distinção típica à operação com precedentes. A decisão se aplica ou não. *É que não se está perguntando se o precedente - visto como norma jurídica - aplica-se e, assim, deve regular a questão, mas apenas se uma decisão já a resolveu.*

O precedente, ao contrário da decisão de questão, *aplica-se a todos os casos que, embora diferentes, racionalmente não têm razão para ser solucionados de modo distinto*. O espaço para distinção, diante do precedente, é muito maior do que o que surge em face de decisão de questão. Nesta última hipótese basta perguntar se a questão de direito é igual; na primeira é preciso investigar se o caso, apesar de distinto, racionalmente exige a aplicação do precedente.

Recorde-se que o precedente não deve ser aplicado quando, apesar de a circunstância de fato já estar presente na época da edição do precedente, esta não foi considerada quando da sua elaboração. Ora, nesta situação a não aplicação da decisão de questão esbarraria na coisa julgada. Advirta-se que não se está a falar de circunstância superveniente à coisa julgada, capaz de paralisar os seus efeitos – ou de efeitos temporais da coisa julgada -, mas de circunstância que, diante da *ratio decidendi*, evidencia a inaplicabilidade do precedente ao caso sob julgamento.

Ademais, de lado o *overruling* e o *distinguishing*, a Corte ainda pode operar mediante a técnica da sinalização⁹, a *transformation*¹⁰, o *overriding*¹¹ e

⁸ Joseph Raz distingue 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.

⁹ Neste caso, a Corte não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado, mas, em nome da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, evidenciando a sua perda de consistência e *sinalizando* para a sua futura e oportuna revogação.

¹⁰ Nesta situação, a Corte transforma ou reconfigura o precedente, sem revogá-lo. A Corte preserva o precedente, mas lhe confere significado diverso. Isto ocorre quando

a elaboração de distinção inconsistente¹². Quer dizer que o precedente confere um espaço de manobra inimaginável ao juiz que se depara com a coisa julgada sobre questão.

Embora seja compreensível a tendência de aproximar o raciocínio que o juiz de *civil law* desenvolve quando se vê diante da invocação da coisa julgada com a técnica da distinção, há que se fazer o registro do seu equívoco exatamente para evitar, entre outras coisas, a equiparação entre os efeitos do precedente obrigatório e da coisa julgada sobre questão.

Veja-se agora um exemplo para que o problema se torne mais simples. Considere-se a hipótese do acidente do ônibus escolar, em que vários alunos tenham sofridos lesões e prejuízos. Definida – no Tribunal de Justiça - a responsabilidade da escola e a procedência do pedido de ressarcimento em ação proposta por um dos alunos, há, além da coisa julgada que recai sobre o pedido, tornando imutável e indiscutível a condenação da escola a pagar indenização ao autor, coisa julgada sobre a questão da responsabilidade da escola em face do acidente que produziu danos. A decisão que rechaça as razões da escola e declara a sua responsabilidade pelo acidente resolve com força de coisa julgada questão que é prejudicial a qualquer uma das ações de ressarcimento que podem ser propostas pelos demais alunos.

A coisa julgada sobre a questão, embora possa ser invocada por qualquer um dos alunos que estava no ônibus, incide sobre decisão proferida em processo em que a escola pôde plenamente participar em contraditório, argumentando, provando e recorrendo. A coisa julgada só poderá ser invocada em ação de ressarcimento, baseada no mesmo acidente e na consequente

a Corte entende que a revogação do precedente ainda não é oportuna, por demandar maior discussão ou amadurecimento, mas a aplicação “literal” do precedente constituiria uma injustiça. Ver Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 133 e ss.

¹¹ O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento que surgiu posteriormente. Ocorre uma desconsideração de parcela do precedente, de modo que há uma limitação ou restrição da sua incidência. Porém, a operação que se faz para compatibilizar o precedente com o novo entendimento é *consistente* com as razões que estiveram à base da formulação do precedente.

¹² Nesta hipótese, a negação parcial do precedente não é consistente com as razões que justificaram a sua elaboração. De acordo com Eisenberg, existem fortes razões a justificar a prática de distinção inconsistente. Assim, por exemplo, quando a Corte ainda não está plenamente convencida de que o entendimento anterior deve ser revogado, ela pode realizar distinção inconsistente como passo provisório para a revogação total. Ver Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, p. 136 e ss.

responsabilidade da escola, proposta por outro aluno - que obviamente terá que evidenciar o dano que sofreu - que estava no ônibus. Portanto, a coisa julgada impedirá a relitigação e outra decisão da questão da responsabilidade, ou seja, da *mesma questão* decidida no processo anterior, em que a escola foi condenada.

A possibilidade de outro aluno invocar a coisa julgada sobre a questão da responsabilidade decorre da necessidade de se impedir a rediscussão de questão já resolvida, evitando-se prejuízos à coerência do direito, à segurança jurídica, à autoridade do Judiciário e ao dever de eficiência do Estado, que não pode gastar tempo e dinheiro com a produção de prova e a discussão de uma questão que já foi objeto de adequado contraditório em processo anterior, sob pena de estar admitindo que pode gastar o dinheiro dos contribuintes com a litigação *desnecessária*.

Entretanto, a decisão sobre a questão da responsabilidade, firmada pelo Tribunal de Justiça, além de nada dizer de relevante em termos de direito, é fruto de tribunal não responsável pelo desenvolvimento do direito mediante precedentes. Perceba-se que, caso a discussão envolvesse, por exemplo, a responsabilidade objetiva da escola, eventual recurso especial poderia permitir ao Superior Tribunal de Justiça firmar precedente sobre a questão da responsabilidade objetiva em caso de acidente de veículo de companhia contratada por escola para transportar os seus alunos.

Este precedente, no entanto, não precisaria ser utilizado em ação proposta por outro aluno que estava no mesmo ônibus escolar. Ora, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, embora possa servir de precedente em caso conflitivo diverso, decidiu que a escola tem responsabilidade objetiva e, portanto, decidiu com força de coisa julgada questão prejudicial ao pedido de ressarcimento. Significa claramente que outro aluno que estava no ônibus poderá invocar a coisa julgada sobre a questão da responsabilidade objetiva, derivada da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, se em face de acidente de ônibus de companhia de transporte intermunicipal de passageiros o filho de uma das vítimas ingressa com ação de ressarcimento, obviamente não há como se invocar coisa julgada sobre a questão da responsabilidade objetiva relativa à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do ônibus escolar, em que partes

diferentes discutiram responsabilidade diante de outro acidente. Isto não é possível, antes de tudo, porque a questão que foi decidida no primeiro processo *não é de titularidade dos autores* da ação respeitante ao segundo acidente (*não é a mesma questão*), e depois porque a coisa julgada só recai sobre a questão que pôde ser discutida de forma plena e adequada pelo litigante em vias de ser prejudicado na segunda ação.

O que os autores da ação contra a companhia de transporte intermunicipal de passageiros podem invocar é a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade objetiva do transportador enquanto *precedente*. Diante disto, o réu não poderá alegar, com base no art. 503 do Código de Processo Civil, que a questão não foi adequadamente discutida e decidida ou ainda que a questão não é a mesma. Caberá ao réu, nesta situação, apenas argumentar que a questão posta no processo não deve ser resolvida pelo precedente ou então insistir na sua revogação. No entanto, ao considerar a defesa, o juiz poderá entender que o precedente, embora tenha tratado da responsabilidade da escola em face da contratação de transporte aos seus alunos, aplica-se diante do transporte intermunicipal de passageiros, esclarecendo que as razões contidas no precedente são suficientes para evidenciar que a responsabilidade objetiva não pode se afastar do caso sob julgamento.

Lembre-se que a aplicação do precedente não é uma operação de subsunção¹³. A decisão pode invocar circunstâncias presentes apenas no caso

¹³ De acordo com Neil Duxbury (*The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 115), a mais interessante e sutil forma de *distinguishing* é aquela em que a Corte deixa de lado um precedente para, em razão da presença de um maior número de fatos materiais, editar uma regra particular. Assim, se a Corte decide, em *Black v. Black*, que *x* é o resultado diante dos fatos *a*, *b* e *c*, o mesmo se deve esperar em *White v. White* se os fatos operativos também são *a*, *b* e *c*. Suponha-se, no entanto, que em *Grey v. Grey* a Corte diferencia *Black v. Black* e decide que *x* deve ser o resultado quando está presente *e*, além de *a*, *b* e *c*. Em *Grey v. Grey*, a Corte, para decidir por *x*, além de *a*, *b* e *c*, considera *e*, isto é, outro fato material. A Corte, dessa forma, entende que outra condição é necessária para se ter *x*, o que revela uma nova *ratio decidendi*, ou, mais precisamente, uma *ratio decidendi* limitada em relação àquela formulada em *Black v. Black*. Por exigir outros fatos materiais, a nova *ratio decidendi* é aplicável a um número reduzido de casos. Este exemplo mostra que o *distinguished* acaba permitindo a alteração do precedente, ou melhor, a mudança da *ratio decidendi* do precedente. Há, em verdade, uma pequena correção da *ratio decidendi* ou a sua acomodação a um caso que, além de caracterizado pelas circunstâncias fáticas (ainda que não todas) que marcaram aquele que deu origem ao precedente, é constituído por outros fatos materiais. Note-se que o

sob julgamento tanto para aplicar quanto para deixar de aplicar um precedente, justificando que as particularidades do caso, frente à *ratio decidendi*, impõem uma ou outra solução. Significa que o réu e o juiz têm espaços de atuação completamente distintos conforme a hipótese seja de invocação de precedente ou de coisa julgada sobre questão.

2. A projeção do entendimento de que o *collateral estoppel* não pode prejudicar terceiros sobre o *stare decisis*

De acordo com a teoria da *virtual representation*, aquele que *não foi parte* no processo pode ser alcançado e prejudicado pela decisão nele proferida. A *virtual representation* sustenta que a decisão pode prejudicar terceiro quando a parte, titular de *interesse idêntico*, *discutiu plenamente* a questão. Funda-se, assim, na ideia de “identidade de interesses”, de modo que é representante virtual a parte que atua em pleno contraditório na defesa *dos mesmos interesses* da não-parte, o que justificaria a extensão da coisa julgada em *prejuízo* do terceiro, alheio ao processo¹⁴.

Não obstante a *virtual representation* tenha encontrado eco em decisões de algumas cortes inferiores estadunidenses, especialmente no Quinto

caso obviamente não pode ser integralmente diverso. Ele deve conter os fatos presentes no caso que abriu ensejo ao precedente, aos quais se somam novas circunstâncias fáticas. Diante disso, indaga-se quando se permite esta modalidade de *distinguishing*, em que se corrige o precedente para se abarcar um caso constituído por fato antes não previsto. O *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que se chegou no precedente. Este fato, combinado com aqueles presentes no caso anterior, deve justificar o ajuste do precedente ao caso sob julgamento. Assim, se o fato antes ignorado, ao ser considerado, exige resultado contrário ao firmado no precedente, a *ratio decidendi* não estará sendo adequadamente ajustada. Nesta hipótese, o precedente não poderá ser legitimamente aplicado mediante a técnica do *distinguishing*. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5ª. Ed., Parte III, 4, 4.1.

¹⁴ Allan D. Vestal, Res Judicata/Preclusion: Expansion, *Southern California Law Review*, 1973-1974; Robert G. Bone, Rethinking the “day in Court” ideal and nonparty preclusion, *New York University Law Review*, 1992; Robert G. Bone, *The economics of civil procedure*, New York: Foundation Press, 2001, p. 254 e ss; Michael A. Berch, A proposal to permit collateral estoppel of nonparties seeking affirmative relief, *Arizona St. Law Journal*, 1979; Jack L. Johnson, Due or voodoo process: virtual representation, *Tulane Law Review*, 1994; Martin H. Redish e William J. Katt, Taylor v. Sturgell, Procedural due process, and the day-in-Court ideal: resolving the virtual representation dilemma, *Notre Dame Law Review*, 2009.

Circuito¹⁵, a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou-a em *Taylor v. Sturgell*, declarando que a extensão dos efeitos preclusivos em prejuízo de não-partes contraria a tradição histórica, profundamente enraizada nos Estados Unidos, de que todos devem ter o seu dia perante a Corte¹⁶.

Este entendimento, que parte da premissa de que nem mesmo a não-parte cujo interesse foi plenamente defendido pela parte pode ser prejudicado pela coisa julgada, fez com que parcela da doutrina estadunidense passasse a questionar o *stare decisis*, indagando se este estaria de acordo com o *due process*¹⁷.

3. O *stare decisis* em *Richards v. Jefferson County* e *Taylor v. Sturgell*

Quando se olha para os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que rejeitaram a *virtual representation*, especialmente para *Richards v. Jefferson County* e *Taylor v. Sturgell*, verifica-se que a Corte, ao mesmo tempo em que declarou que a afetação de quem não teve oportunidade de discutir viola o *due process*, admitiu que isto não seria problema em se tratando de *stare decisis*.

Max Minzner, ao se debruçar sobre esta situação, advertiu que a Suprema Corte, em *Richards*, declarou sem explicar que a liberdade da Corte para aplicar um precedente não lhe permite proibir a não-parte de discutir questão decidida em processo anterior¹⁸. Em *Taylor*, a Suprema Corte expressamente aludiu ao *stare decisis* para justificar a sua conclusão, argumentando que, a despeito de se proibir a *virtual representation* e, assim, admitir-se a rediscussão da questão pelas não-partes, o *stare decisis* iria permitir às Cortes evitar a proliferação de demandas¹⁹.

¹⁵ *Pollard v. Cockrell*, 578 F.2d, 1002 (5th Cir., 1978); *Sw. Airlines Co. v. Tex. Int'l Airlines*, 546 F.2d, 84 (5th Cir., 1977).

¹⁶ *Taylor v. Sturgell*, Supreme Court of the United States, June 12, 2008, 553 U.S. 880.

¹⁷ Amy C. Barret, *Stare decisis and due process*, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.017; Max Minzner, *Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process*, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 601.

¹⁸ Max Minzner, *Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process*, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 598.

¹⁹ “The FAA next argues that ‘the threat of vexatious litigation is heightened’ in public-law cases because ‘the number of plaintiffs with standing is potentially limitless. (...) Thus it is theoretically possible that several persons could coordinate to mount a series

Na verdade, a Suprema Corte sequer tentou explicar o motivo pelo qual o *due process*, embora não se compatibilize com a *virtual representation*, não limita os efeitos do precedente. De qualquer forma, os precedentes firmados em Richards e Taylor estimularam a doutrina a relacionar o *collateral estoppel*, a *virtual representation* e o *stare decisis* e, sobretudo, a procurar enquadrar o *stare decisis* no quadro do devido processo legal.

4. Outros casos em que o *stare decisis* foi equiparado à *virtual representation*

A doutrina que alude aos efeitos preclusivos do *stare decisis* e, nesta perspectiva, busca enquadrá-lo no devido processo legal, aponta para outros julgados em que as Cortes inferiores equipararam os efeitos do precedente e da decisão de questão²⁰. Nestes casos, negando a possibilidade de a decisão de questão afetar não-partes, as Cortes admitiram que o mesmo efeito poderia ser obtido mediante *stare decisis*.

A Corte de Apelação do Primeiro Circuito, em *U. S. v. 177.51 Acres of Land*, após afirmar que anterior decisão não poderia atingir os proprietários no caso sob julgamento, uma vez que tecnicamente a doutrina do *collateral estoppel* ou da *issue preclusion* não se aplicaria em razão de os proprietários não terem sido partes no caso anterior, concluiu que a doutrina do *stare decisis* poderia ser invocada para outorgar à decisão do primeiro caso valor de precedente. Ou seja, a Corte raciocinou que, embora não aplicável o *collateral estoppel*, seria possível chegar a igual resultado mediante o *stare decisis*²¹.

of repetitive lawsuits. But we are not convinced that this risk justifies departure from the usual rules governing nonparty preclusion. First, *stare decisis* will allow courts swiftly to dispose of repetitive suits brought in the same circuit” (Taylor v. Sturgell, Supreme Court of the United States, June 12, 2008, 553 U.S. 880).

²⁰ Amy C. Barret, *Stare decisis and due process*, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.018.

²¹ “The question now becomes whether our prior determination that the town of Truro has no obligation to maintain Pond Road is binding against the landowners in this case. Technically, the doctrine of collateral estoppel, or issue preclusion, does not apply here because these landowners were not parties to the proceedings in *Pond Road I* and *Pond Road II*. (...) In *Pond Road I*, however, we did recognize that issues regarding Pond Road were likely to recur in future cases involving land condemned for the National Seashore and that their resolution on remand in that case ‘would impose a degree of order and certainty in these proceedings’. (*Pond Road I*, 667 F.2d at 253).

A Corte de Apelação do Oitavo Circuito, ao tratar do *collateral estoppel* em matéria tributária, consignou que quando os fatos relevantes, relativos a anos fiscais distintos, são separáveis ou gozam de autonomia, o *collateral estoppel* não é invocável. Contudo, a Corte admitiu que, diante da similaridade dos fatos, à decisão pretérita poderia ser outorgada a força de precedente, proporcionando-se o mesmo resultado²².

A relação entre *stare decisis* e *collateral estoppel* também surgiu num caso de ressarcimento de dano provocado pelo amianto. As ações de ressarcimento, em caso de amianto, estimularam o uso do *offensive collateral estoppel*, permitindo a invocação de decisão contra o fabricante e o fornecedor de produto que contém a substância²³. Num caso em que o autor pedia ressarcimento em virtude de séria doença pulmonar provocada pela exposição ao amianto, a Corte distrital negou o *collateral estoppel* contra uma das empresas demandadas sob o argumento de que esta não teria tido “*full and fair opportunity*” para discutir a questão no anterior processo. Não obstante, a Corte entendeu que a decisão proferida em *Borel v. Fibreboard*²⁴ constituiria precedente em que se reconheceu a nocividade e a excessiva periculosidade do amianto, bem como que já fora dito que a substância provoca doenças pulmonares, como a asbestose e a mesotelioma²⁵.

Indeed, in this setting we think that the doctrine of *stare decisis* should be invoked to give our resolution of the Pond Road issue in that case precedential value”. (U. S. v. 177.51 Acres of Land, United States Court of Appeals, First Circuit, 716 F.2d 78, 1983).

²² “In making reversal of the Tax Court's decision because of our previous opinion, we are doing so, as indicated above, not on the basis of *collateral estoppel*, but on the basis of adhering to and giving application to our previous decision as a matter of *stare decisis* in relation to petitioner's situation”. (Journal-Tribune Publishing Co. v. C.I.R., United States Court of Appeals, Eighth Circuit, 348 F.2d 266, 1965).

²³ Troyen A. Brennan, *Collateral estoppel in asbestos litigation*, *Environmental Law*, 1983, p. 197 e ss; Michael D. Green, *The inability of offensive collateral estoppel to fulfill its promise: an examination of estoppel in asbestos litigation*, *Iowa Law Review*, 1984, p. 141 e ss.

²⁴ *Borel v. Fibreboard*, 5th Cir, C93 F.2d 1076, 1973.

²⁵ “If, however, this case is not a proper candidate for the use of *offensive collateral estoppel*, this Court is of the opinion that the *stare decisis* effect of *Borel* precludes the defendants from relitigating whether asbestos products are defective and unreasonably dangerous within the meaning of section 402A of the Restatement. Further, this Court also believes that the *Borel* decision may be interpreted as holding as a matter of law that products placed in the stream of commerce containing asbestos are defective for the reason that they are unreasonably dangerous to the consumer or user of the product. *Borel v. Fibreboard*, 493 F.2d 1076 (5th Cir. 1973). Further, this Court holds as a matter of law that asbestos is a producing cause of certain lung diseases,

O importante, porém, é que esta inquietação em relação ao *stare decisis* permite esclarecer que os efeitos do *stare decisis* não se confundem com os do *collateral estoppel* (coisa julgada sobre questão) e, especialmente, que o fundamento e a função do *stare decisis* estão muito longe dos do *collateral estoppel* ou da coisa julgada.

5. Efeitos do *collateral estoppel* ou da coisa julgada sobre questão e efeitos do precedente obrigatório

Realmente, não há como negar que há diferença entre os efeitos do precedente e do *collateral estoppel* ou da coisa julgada sobre questão. E não apenas porque a coisa julgada sobre questão, ao contrário do precedente obrigatório, afeta apenas quem teve adequada oportunidade de discutir ou de participar do processo em que proferida a decisão.

Como visto, o precedente pode ser objeto de *overruling* e de *distinguishing*, técnicas que passam longe da coisa julgada sobre questão. A questão objeto da coisa julgada não pode ser redecidida por outro juiz e a parte que a discutiu está proibida de relitigá-la. Uma decisão de questão não pode ser revogada e as particularidades de um caso futuro não podem ser destacadas para a sua aplicação extensiva ou restritiva mediante *distinguishing*.

A circunstância de alguns tribunais estadunidenses relutarem em revogar precedentes e, assim, sujeitarem os litigantes aos efeitos do precedente não legitima a equiparação teórica entre precedente e coisa julgada sobre questão.

O litigante não conformado sempre tem o direito de falar contra a aplicação do precedente. Porém, seria possível argumentar – considerando a realidade de algumas cortes inferiores estadunidenses - que a violação do direito de ser ouvido está na falta de justificativa à perpetuação equivocada do precedente. Sucede que a Corte que se nega a revogar precedentes desgastados ou claramente equivocados deixa de observar o seu compromisso

including asbestosis and mesothelioma”. (Mooney v. Fibreboard Corp., United States District Court, E. D. Texas, 485 F.Supp. 242, 1980).

com o desenvolvimento do direito, de modo que o problema se situa num patamar não só diferente, mas também antecedente, ao do *due process*.

A violação do direito de ser ouvido só poderia ser vista como uma consequência da falta da Corte ao seu dever institucional perante a ordem jurídica. É preciso esclarecer que este problema se situa num outro espaço teórico e prático e, exatamente por isto, não pode ser resolvido na perspectiva do litigante do caso concreto, como se fosse um problema de coisa julgada ou de preclusão.

Na verdade, importa colocar as coisas em seus devidos lugares, ao contrário do que fez a doutrina estadunidense que se preocupou com o tema. Lembre-se que Amy Barret, ao justificar que o efeito do precedente é, na prática, um verdadeiro efeito preclusivo, afirma que o “*overruling is a ‘special occasion’ event*”²⁶. No mesmo sentido, Max Minzner fala que a flexibilidade que, a princípio, caracterizaria o *stare decisis*, na prática não existe²⁷.

Ora, o fato de o precedente poder não se submeter, *como deveria*, à flexibilidade que expressa a necessidade da sua revogação para o desenvolvimento do direito, não pode ser visto como um dado ou como algo posto e não mais questionável, a justificar a conclusão de que o precedente gera os mesmos efeitos da *collateral estoppel* ou da coisa julgada sobre questão.

Tendo em vista que o ponto não se situa no âmbito da coisa julgada, mas na esfera dos precedentes obrigatórios ou do *stare decisis*, o certo é estimular as Cortes a se postarem de modo adequado diante do dever institucional do Judiciário de eleger e revogar precedentes em nome da tutela da coerência da ordem jurídica, da segurança, da liberdade e da igualdade.

Ademais, a má compreensão do *distinguishing* também pode permitir a conclusão de que o juiz e o litigante estão tão presos ao precedente quanto à decisão de questão. Barret, ao negar diferença entre os efeitos do precedente

²⁶ Amy C. Barret, *Stare decisis and due process*, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.019.

²⁷ “Two major justifications have been put forth to explain the more lenient due process treatment of stare decisis when compared to issue preclusion. The first is the alleged flexibility of stare decisis (...) Both of these justifications are deeply flawed. Stare decisis doctrine, as it is now applied in some courts, *is far from flexible*”. (Max Minzner, *Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process*, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 600).

e da *issue preclusion* (*collateral estoppel*), diz que o *distinguishing* não separa o *stare decisis* da *issue preclusion*, já que pode ser aplicado em ambos os casos²⁸. Acontece que nem mesmo a tradicional coisa julgada *inter partes* pode ser admitida por juiz que não tem consciência da identidade entre partes, causa de pedir e pedido. Em todas as formas de coisa julgada há juízo de identificação/distinção. Equivocadamente, Amy Barret equipara o juízo de identificação/distinção comum à *res judicata* – que na maioria das vezes sequer é justificado – ao juízo de distinção próprio ao *stare decisis*.

Não se pode admitir que o precedente sujeita o litigante nos mesmos moldes que o *collateral estoppel*. A omissão das Cortes em fazer o *overruling* (quando necessário, obviamente) atenta contra a ordem jurídica, gerando a sua estagnação ou engessamento, de modo que a submissão do litigante do caso concreto a um precedente equivocado ou desgastado é consequência de um problema muito mais grave. O que realmente deve ser considerado, quando se tenta equiparar os efeitos do precedente e da decisão de questão, é que a *revogação é inerente à natureza do precedente, ao passo que a decisão de questão é imutável e indiscutível*. Por outro lado, o *distinguishing* permite a construção de enunciado diverso daquele que regulou caso anterior, o que é incogitável quando se está diante de coisa julgada sobre questão.

Nesta altura, é importante lembrar, especialmente pela grande autoridade do *Judge* que proferiu o voto que expressou o entendimento da Corte, passagem de decisão da Corte de Apelação do Sétimo Circuito. Em *Bethesda Lutheran Homes and Services, Inc. v. Born*, após os autores arguirem que não estavam sujeitos ao precedente por serem *new parties*, o *Judge Posner* advertiu que o advogado dos autores não teria entendido a doutrina do *stare decisis*, uma vez que o precedente, além de afetar partes diferentes, permite o *overruling* desde que apresentada razão suficiente para tanto. Assim, ainda que se extraia do *stare decisis* uma preclusão de não-partes, não haveria como deixar de ver que o precedente gera uma preclusão muito menos rígida do que a *res judicata*²⁹.

²⁸ “... distinguishing does not logically separate stare decisis from issue preclusion; distinguishing occurs in both contexts” (Amy C. Barret, *Stare decisis and due process*, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.019).

²⁹ “The premise of the present suit is that our previous decisions were wrong. The plaintiffs argue that because there are new parties, the previous decisions are not

6. Os distintos efeitos da coisa julgada sobre questão e do precedente obrigatório derivam de suas diversas naturezas

O argumento de que o precedente obrigatório retira da não-parte a possibilidade de discutir a questão de direito dele objeto conduz a uma discussão marcada por uma falsidade. A falsidade não está na premissa, ou seja, na afirmação de que o precedente obrigatório atinge terceiros que não discutiram a questão decidida, *mas no uso desta afirmação*. Alega-se que a impossibilidade da discussão da questão pode colocar em risco o direito a um dia perante a Corte. Assim, por exemplo, diz Barret que, “na perspectiva do litigante, *stare decisis* e *issue preclusion* sobrepõem-se em efeitos, mas divergem na proteção ao *due process*”³⁰. A ponte entre a impossibilidade de discussão e a violação do devido processo legal seria hígida caso fosse no mínimo possível supor que a existência de precedente depende da discussão de todos que podem ser por ele afetados. Como isso é falso, a discussão em torno de se a submissão ao precedente viola o *due process* é construída a partir de uma premissa que é artificial, ou seja, é injustificadamente posta em pé apenas para forçar a discussão.

O *common law* jamais pensou em enquadrar os efeitos do precedente no quadro do devido processo legal. Não, como é óbvio, por supor que a ideia

binding. That premise is wrong, as we have seen, but forget that. The plaintiffs' lawyer does not understand the doctrine of *stare decisis*. It is *res judicata* that bars the same party from relitigating a case after final judgment, and the doctrine of law of the case that counsels adherence to earlier rulings in the same case. (...) It is *stare decisis* that bars a different party from obtaining the overruling of a decision. The existence of different parties is assumed by the doctrine, rather than being something that takes a case outside its reach. Of course, *stare decisis* is a less rigid doctrine than *res judicata*. But it is not a noodle. For the sake of law's stability, a court will not reexamine a recent decision (our previous decisions are two and three years old, respectively) unless given a compelling reason to do so”. (Bethesda Lutheran Homes and Services, Inc. v. Born, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 238 F.3d 853, 2001).

³⁰ Diz ainda Amy Barret: “This preclusive effect raises serious due process issues, and, as I shall argue below, occasionally slides into unconstitutionality. In adjudication - where, by definition, life, liberty, or property is at stake - the Constitution guarantees litigants due process of law. Due process includes the right to an opportunity to be heard on the merits of one's claims or defenses. To the extent that a rigid application of *stare decisis* deprives litigants of this opportunity, it raises a due process issue”. (Amy C. Barret, *Stare decisis* and due process, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.018 e p. 1.105).

de *stare decisis* está acima do *due process*. A teoria do precedente é fundada em plano totalmente diverso do da teoria da coisa julgada. No que tange à coisa julgada, sempre foi reconhecido, tanto no âmbito do *common law* quanto no do *civil law*, que ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo de que não pôde participar. Isto porque a decisão, ao significar posituação de poder para pôr fim a um litígio, não pode encontrar legitimação a distância da participação daqueles que estão envolvidos no conflito de interesses, especificamente ao impor prejuízo a um dos litigantes.

Mas a preocupação que pairou sobre a teorização do precedente foi completamente diferente. A consciência de que o Judiciário participa do processo de (re)construção do direito e, assim, a clara percepção de que as decisões judiciais não podem variar de acordo com os casos, permitiu não só ver que o respeito ao precedente é imprescindível para a tutela da segurança jurídica, mas também que as Cortes têm a função de desenvolver o direito mediante a elaboração, ajustamento e revogação dos precedentes³¹.

Nesta dimensão, o precedente orienta a sociedade e a resolução dos casos conflitivos e, assim, equipara-se a uma norma geral, cuja validade e eficácia *simplesmente não podem deixar de se projetar perante todos*. A eficácia geral é inerente ao precedente, na medida em que não se pode pensar em precedente que não alcance a todos. Aliás, em artigo sugestivamente intitulado “*Saving stare decisis: preclusion, precedent and procedural due process*”, Max Minzner reconhece que, mesmo na perspectiva do *due process*, a eficácia perante não-partes não coloca o *stare decisis* em perigo; esta eficácia na verdade o salva, uma vez que, ao se pretender que os terceiros ou ausentes confiem nos precedentes, não há como não afetá-los³².

Portanto, se a lógica da coisa julgada não permite pensar em prejuízo a quem não teve oportunidade de discutir, o precedente se afasta desta lógica na proporção em que diz respeito a todos os membros da sociedade e não às partes de um conflito. Esta é a inescandível e, na verdade, evidente razão pela

³¹ Luiz Guilherme O STJ Marinoni, *enquanto Corte de Precedentes*, 3ª. ed., esp. p. 136 e ss; Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 76 e ss.

³² Max Minzner, *Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process*, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 600.

qual os efeitos do precedente, ao contrário dos efeitos da coisa julgada sobre questão, projetam-se contra todos, nada tendo a ver com partes e não-partes.

Assim, o argumento de que o *due process* proíbe que as não-partes sejam prejudicadas pela coisa julgada sobre questão não induz à conclusão de que o precedente pode pôr em risco o devido processo legal. Basta que seja preservada a natureza dos precedentes obrigatórios, utilizando-se corretamente os instrumentos que lhes são pertinentes.

7. Por que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser vista como um precedente?

O art. 985 do Código de Processo Civil afirma que, “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: i) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; ii) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”. Por sua vez, o art. 927, III, do mesmo código diz que “os juízes e tribunais observarão” o acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como se vê, o art. 927, III, atribuiu à decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas a eficácia de precedente. Lembre-se que, diante da admissão do incidente, são *suspensos* “os processos pendentes, individuais ou coletivos” (art. 982, I, CPC), devendo a questão de direito passar a ser discutida *unicamente entre as partes do processo* que abriu oportunidade para a instauração do incidente, restando *excluídos da participação todos os demais litigantes*, partes nas ações repetitivas.

Como é evidente, o legislador, ciente de que a decisão do incidente pode prejudicar pessoas que não participam do processo, tentou resolver o problema da exclusão da participação mediante o recado de que “os juízes e tribunais *observarão*” (art. 927, III, CPC) a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se esta fosse um mero precedente e não, *antes de tudo*, uma decisão que produz coisa julgada *erga omnes*.

Não há como atribuir força obrigatória a uma decisão, saltando-se o problema da coisa julgada. Antes de se afirmar que uma decisão pode regular outros casos, há de se definir para quem a decisão se torna imutável ou, mais precisamente, quem são aqueles que ficam proibidos de rediscutir a questão decidida. De forma risível, o art. 985 do Código de Processo Civil finge esquecer que a decisão que proíbe os membros de um grupo (em regra os autores das demandas repetitivas) de rediscutir questão decidida constitui coisa julgada *erga omnes*, atribuindo-lhe o nome mágico de “tese” e a qualidade de vincular todos os juízes.

Se as partes dos processos suspensos e dos eventuais processos futuros ficam proibidas de relitigar a questão decidida no incidente de resolução, o que as sanciona apenas pode ser a coisa julgada. Ora, um precedente obrigatório não proíbe a rediscussão de questão. Como antes dito, a natureza e a função do precedente são muito diferentes das da coisa julgada sobre questão; além disto, a invocação de precedente, ao contrário da de coisa julgada sobre questão, abre oportunidade para “distinção” e “revogação”.

Ao se proibir, por força da decisão do incidente, a relitigação da *mesma* questão nas ações repetitivas, raciocina-se a partir de um conflito que já se instaurou (de uma lesão ou de um dano em massa que já ocorreu), deslocando-se a discussão - que, de acordo com o direito fundamental de ação, pode ser travada por qualquer litigante individual ou seu representante coletivo³³ - para o ambiente do incidente de resolução. Os direitos individuais homogêneos são agrupados ou coletivizados para discussão num único procedimento, *mas sem com que um representante adequado dos litigantes excluídos esteja presente para efetivamente fazê-los ouvir*, como é indispensável em todo e qualquer caso em que direitos de pessoas ausentes são discutidos.

Para se ver de forma ainda mais clara o absurdo, basta atentar para a circunstância de que os representados, no caso de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, sequer podem ser prejudicados pela coisa julgada, enquanto que, no caso de incidente, os titulares de tais direitos podem ser prejudicados sem terem contado com um legitimado coletivo ou um

³³ Ver Edilson Vitorelli, *O devido processo legal coletivo*, São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 113 e ss.

representante adequado. Recorde-se, aliás, que a admissão de que a coisa julgada, na *class action* estadunidense, pode prejudicar aqueles que não participam diretamente do processo foi resultado de precedente firmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Hansberry v. Lee*³⁴, que se tornou célebre ao fixar a imprescindibilidade da presença de um “representante adequado”, na vigorosa defesa dos ausentes, para a *class action* – e, portanto, a coisa julgada *erga omnes* em prejuízo das não-partes – poder ser vista em conformidade com a cláusula do *due process*, prevista na Décima Quarta Emenda³⁵. Frise-se que a Suprema Corte, em *Hansberry v. Lee*, disse que o ausente não pode ser prejudicado quando aquele que diretamente participa do processo *não tem condições concretas* para tutelar os direitos daqueles que ficaram alheios à discussão, conferindo à “representação *adequada*” (que não pode ser qualquer representação) a condição de *requisito constitucional indispensável* para que a coisa julgada possa prejudicar pessoas que não participaram do processo³⁶.

³⁴ *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940.

³⁵ Max Minzner, Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 597 e ss.

³⁶ O *multidistrict litigation* é um procedimento em que, considerando-se ações múltiplas que possuem questões dependentes de uma única instrução probatória, unificam-se as fases postulatória e probatória com o objetivo de elucidar os fatos comuns a todas as ações, devendo posteriormente o juiz competente, como base nas provas produzidas, decidir a demanda individual. Cabe ao juiz, perante o qual as ações são consolidadas, indicar um advogado ou grupo de advogados (*lead counsel*) para atuar em nome de todos os demandantes. A doutrina estadunidense reconhece que, nestes casos, o advogado nomeado sempre tem grande experiência em *complex litigation*, o que favorece todos os autores, especialmente aqueles com menor condição financeira, que, em regra, estão a litigar com grandes empresas (Charles Silver e Geoffrey P. Miller, The quasi-class action method of managing multi-district litigations: problems and a proposal, *Vanderbilt Law Review*, v. 63, 2010, p. 118 e ss). O *Manual for Complex Litigation* determina que o juiz deve tomar em conta a qualificação, a competência, o interesse, os recursos e o comprometimento do advogado ou do grupo de advogados (Federal Judicial Center, *Manual of complex litigation* - Fourth, Federal Judicial Center, 2004; www.fjc.gov). Além disto, e embora a doutrina afirme que o juiz frequentemente indica advogados dotados de grande qualificação para a liderança da causa, o *Manual for Complex Litigation* exige que o *lead counsel* atue de maneira justa, eficiente e econômica em favor de todos os litigantes. Embora no *multidistrict litigation* não exista um representante adequado, nos termos da *class action*, a indicação de advogado ou grupo de advogados é pautada em critérios destinados a garantir efetiva e adequada tutela jurisdicional a *todos os litigantes*. Há um advogado ou grupo de advogados nomeados para *ótima e eficazmente representar todos os litigantes* (Charles Silver, The responsibilities of lead lawyers and judges in multidistrict litigation, *Fordham Law Review*, v. 79, 2011, p. 98 e ss). Ao contrário do IRDR brasileiro, o *multidistrict litigation*, ao se preocupar com a qualificação, a experiência e

O precedente firmado em *Hansberry* foi mais tarde invocado pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos quando do julgamento de *Richards v. Jefferson County*³⁷, em que se rejeitou *collateral estoppel* sob o argumento de que as partes vencidas no primeiro processo não representaram adequadamente os litigantes ausentes, que, portanto, não podiam ficar obstados de voltar a litigar a questão decidida³⁸.

Portanto, apelidar a decisão do incidente de precedente e, a partir daí, proibir os excluídos da discussão da questão de relitigá-la, além de encobrir o fenômeno da coisa julgada, nega o direito fundamental de influir sobre o convencimento do juiz, ainda que mediante representante adequado³⁹.

o comprometimento dos advogados nomeados para os autores das demandas individuais, coloca-os numa posição de paridade de armas em face do réu, geralmente empresas de grande porte, como, por exemplo, importantes e conhecidos laboratórios farmacêuticos. Ver *Harvard Law Review*, The Judicial Panel and the conduct of multidistrict litigation, *Harvard Law Review*, v. 87, 1974; Charles Silver, The responsibilities of lead lawyers and judges in multidistrict litigation, *Fordham Law Review*, v. 79, 2011; Daniel A. Richards, An analysis of the judicial panel on multidistrict litigation's selection of transferee district and judge, *Fordham Law Review*, v. 78, 2009; Edward F. Sherman, The MDL model for resolving complex litigation if a class action is not possible, *Tulane Law Review*, v. 82, 2008; Stanley J. Levy, Complex multidistrict litigation and the Federal Courts, *Fordham Law Review*, v. 40, 1971; Charles Silver e Geoffrey P. Miller, The quasi-class action method of managing multidistrict litigations: problems and a proposal, *Vanderbilt Law Review*, v. 63, 2010; Courtney E. Silver, Procedural hassles in multidistrict litigation: a call for reform of 28 U.S.C. § 1407 and the Lexecon result, *Ohio State Law Journal*, v. 70, 2009. No direito brasileiro, ver Bruno Zaroni, Multidistrict litigation: a experiência norte-americana na tutela dos interesses de massa, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 10, n. 55, 2013.

³⁷ *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

³⁸ Em caso julgado em 2008, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o *collateral estoppel* baseado em *virtual representation* viola o devido processo legal. Ver *Taylor v. Sturgell*, U. S. Supreme Court, 128, S. Ct. 977, 2008.

³⁹ “Quer dizer que, realmente, 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. Dentre os entes legitimados, merecem destaque o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações. Estes têm poder, estabelecido tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no CDC, para defender os grupos cujos direitos são violados em massa, ou seja, os ‘decorrentes de origem comum’. (...) Na verdade, as limitações que muitas vezes são feitas à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para proteger determinadas espécies de direitos individuais homogêneos necessariamente devem ser deixadas de lado diante do incidente. Embora o ideal, em termos de amadurecimento da sociedade civil, seja a participação cada vez maior das associações, certos tipos de direitos podem não contar com associações organizadas voltadas à sua tutela. Não fosse isto,

Note-se que não há como tomar em conta uma situação conflitiva, de que podem surgir inúmeras pretensões à tutela de direitos individuais, e instaurar processo para firmar “*precedente retroativo*” – que, bem vistas as coisas, é uma *contradição em si*. Ora, o *precedente serve para unificar o direito delineado pela Corte que tem atribuição constitucional a tanto e, assim, orientar a vida em sociedade e regular os casos futuros, não podendo ser utilizado como um expediente facilitador da coletivização de demandas, que, arbitrariamente, pretende retratar com efeitos obrigatórios decisão de questão da titularidade de muitos sem com que estes possam se expressar perante a Corte*.

o fato é que, diante do incidente, o problema não está propriamente na busca de alguém que tenha relação com o direito discutido, mas na participação de alguém que tenha legitimidade para suprir a não participação dos excluídos ou dos litigantes que ficam à espera da decisão a ser tomada. Daí a razão pela qual 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. (...) Outra alternativa para a correção da constitucionalidade estaria no controle da representação adequada no caso concreto, nos moldes da *class action* do direito estadunidense. Admitir-se-ia que a parte do processo originário pode autonear-se ou ser nomeada pelo seu adversário representante dos litigantes das demandas repetitivas. Nesse caso os litigantes excluídos teriam a possibilidade de impugnar a parte enquanto representante adequado e o tribunal possuiria a grave incumbência de controlar a representação, considerando atentamente as circunstâncias do caso e a capacidade da parte – e de seu advogado – para sustentar de maneira vigorosa e adequada as razões também pertencentes aos demais litigantes. O art. 979 do CPC, 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’, deve ser invocado para abrir oportunidade para a participação dos entes legitimados ou, na outra opção para a correção da inconstitucionalidade, para que os litigantes excluídos possam impugnar a parte enquanto representante adequado e, eventualmente, requerer o ingresso no incidente. (...) 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 não só do Ministério Público, mas também da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los”. (Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 47-50).