

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO E INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Luiz Guilherme Marinoni

Sumário: 1. Questão de direito com grande repercussão social envolvida no caso e questão de direito prejudicial à resolução de demandas repetitivas: distinção e principais consequências; 2. Significado de questão de direito com grande repercussão social; 3. Assunção de competência para o julgamento do caso (recurso, remessa necessária e ação de competência originária) e não apenas da questão de direito: a necessidade de discussão, decisão e justificação em torno da questão de direito; 4. Legitimidade para requerer a assunção de competência e a sua admissibilidade pelo órgão originariamente competente e pelo órgão competente para julgar os casos derivados de incidente de assunção de competência; 5. Interesse público na assunção de competência; 6. Perigo de violação do direito ao juiz constitucionalmente competente diante do apelo relativo à repercussão *social* da questão de direito; 7. Relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal; 8. A eficácia da decisão do incidente

de assunção de competência em face das eficácias da decisão do incidente de resolução de demandas e dos precedentes das Cortes Supremas: 8.1. A relação entre a decisão do incidente de assunção de competência, a decisão do incidente de resolução de demandas e os precedentes das Cortes Supremas; 8.2. Eficácia vinculante e coisa julgada *erga omnes*; 8.3. Rigidez da preclusão; 8.4. Eficácia preclusiva e revisão da decisão.

1. Questão de direito com grande repercussão social envolvida no caso e questão de direito prejudicial à resolução de demandas repetitivas: distinção e principais consequências

O art. 947 afirma que é admissível a assunção de competência quando “o julgamento” – de recurso, etc. – “envolver relevante questão de direito, *com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos*”. O art. 976, por sua vez, diz que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser instaurado quando há “repetição de



Luiz Guilherme Marinoni

Professor Catedrático da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Conselheiro da International Association of Procedural Law.

processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.

Além do fato de que o incidente de assunção de competência cabe para o julgamento do *caso que contém* a questão e o incidente de resolução para o julgamento da *questão contida* nos processos, o que realmente distingue os dois incidentes é que no primeiro há de haver uma questão com *grande repercussão social* e no segundo apenas uma *mesma* questão de direito.

Esta diferença está implícita na razão de ser dos dois incidentes: um destina-se a permitir que determinado órgão do tribunal assumira a competência para julgar caso que contém questão relevante, ou melhor, questão de grande repercussão social; outro confere a determinado órgão do tribunal competência para definir uma questão de direito que está sendo discutida em múltiplos processos que se repetem. O primeiro incidente requer apenas a *grande repercussão social* da questão contida no caso; o segundo exige que a *mesma* questão esteja sendo discutida em demandas repetitivas. Portanto, num incidente importa uma *qualidade* da questão de direito e no outro apenas a sua *unidade*. Em um o caso tem que conter questão de grande repercussão social e no outro basta que exista uma única questão replicada em diversas demandas.

Os diferentes pressupostos para a instauração dos incidentes têm importantes consequências. No incidente de resolução decide-se questão prejudicial ao julgamento de demandas repetitivas. O incidente, portanto, discute e define questão que afeta diretamente a sorte da tutela de direitos individuais múltiplos.

Para que não seja violado o *due process*, exige-se que os litigantes excluídos sejam representados adequadamente, para o que é imprescindível a participação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, nos termos do artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do CDC. A resolução de uma questão prejudicial à tutela de direitos de sujeitos que não podem discuti-la diretamente, mas apenas mediante representante adequado, tem o significado de coisa julgada sobre questão com eficácia *erga omnes*¹.

Porém, a questão de grande repercussão social não tem qualquer relação com pessoas, grupos ou classes determinados. Julga-se um caso específico que detém a questão de grande repercussão social. Mas não há solução de caso nem de questão de *terceiros*. Por isso, não há motivo para reclamar a participação dos representantes adequados das partes que foram excluídas - como ocorre no incidente de resolução de demandas. Uma vez que a questão deve ser resolvida por determinado órgão colegiado competente apenas por ter significativa importância para a sociedade, há apenas deslocamento da decisão da questão para outro órgão judicial, sem com que se possa pensar em exclusão de participação de partes que, sendo titulares de pretensões à tutela de direitos, têm o direito de discuti-la e de influenciar a Corte. A decisão proferida no incidente de assunção de competência, por não julgar questão de terceiros, não produz coisa julgada *erga omnes*. A decisão do incidente de

1 Ver Luiz Guilherme Marinoni, O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, *Revista de Processo*, v. 249, p. 413.

assunção, ao julgar o caso, produz coisa julgada *inter partes*. A decisão da questão envolvida no caso atinge terceiros em virtude da sua eficácia vinculante, conforme o § 3º do art. 947.

2. Significado de questão de direito com grande repercussão social

Questão de direito com grande repercussão social é aquela que, além de não ter relevo apenas para a solução do caso sob julgamento, tem valor para a sociedade. Na verdade, quando se fala em questão com grande repercussão social não se quer apontar para algo que diz respeito à sua relevância técnico-processual, que atingiria outros casos repetitivos ou casos respeitantes a direitos coletivos ou difusos. Alude-se a uma questão de direito com grande repercussão social para evidenciar o seu excepcional relevo em face da vida social nas perspectivas política, religiosa, cultural e econômica.

É preciso perceber, no entanto, que se trata antes de tudo de questão de direito com impacto relevante na vida social e não simplesmente de questão com impacto na sociedade, inclusive na dimensão jurídica. Deve se pensar, assim, numa questão jurídica que tem relevante impacto sobre uma ou mais das várias facetas da vida em sociedade. Porém, não basta que a questão de direito apenas diga respeito à política, à religião, à cultura ou à economia de uma região. *É preciso que a resolução afete diretamente e com relevante impacto tais aspectos da vida social para que possa ser considerada de “grande repercussão social”*.

3. Assunção de competência para o julgamento do caso (recurso, remessa necessária e ação de competência originária) e não apenas da questão de direito: a necessidade de discussão, decisão e justificação em torno da questão de direito

Vale a pena frisar que no incidente de assunção de competência há julgamento do recurso, remessa necessária ou mesmo da ação originária que contém a questão de direito. Assim, transmite-se e assume-se o julgamento do caso – recurso, reexame necessário ou ação originária - e não apenas de uma questão de direito que diz respeito ao caso. Desloca-se a competência para o julgamento do caso de um para outro órgão do tribunal. Como já dito, há aí algo bem distinto do que ocorre no incidente de resolução, quando se transfere para o tribunal apenas o julgamento da questão de direito prejudicial ao julgamento das demandas repetitivas.

O interessante é que, embora no incidente de assunção se transfira o julgamento do caso, isso ocorre em virtude da questão de direito “com grande repercussão social” que o “envolve”. De modo que, ao julgar o caso, o colegiado competente em face do incidente de assunção deve discutir e decidir de forma individualizada a questão de direito.

Ora, se a razão da assunção da competência está na relevância da questão de direito, mais importante que o julgamento do caso é o julgamento da questão. No entanto, como a assunção de competência é admissível quando o julgamento de recurso (por exemplo) “envolve” uma questão de direito - termos do *caput* do art. 947 -, o julgamento deslocado não terá como objeto a questão. Essa será apenas

um fundamento do recurso a ser julgado pelo órgão que assumiu a competência.

Mas os fundamentos de um recurso, como se sabe, nunca são decididos em separado e raramente são discutidos de forma individualizada. Bem por isso, na generalidade dos casos os fundamentos não são justificados de forma particularizada, sendo quase sempre impossível saber o fundamento que contou com a maioria dos votos dos membros do colegiado.

Este modelo de julgamento não só é inadequado, mas incompatível à assunção de competência. A assunção de competência requer não só a discussão individualizada da questão de direito que a justifica, mas a sua decisão, que só pode ser particularizada. Ou seja, todos os membros do colegiado devem votar não apenas para dar ou negar provimento ao recurso, mas também para decidir a questão de direito envolvida no recurso. Significa que a questão de direito relevante pode ser decidida em favor do recorrido e o recurso ser provido, em virtude de outros fundamentos que podem ser acolhidos pelos membros do colegiado que decidiram a questão de direito em favor do recorrido. Saliente-se que o recurso pode ser provido com base em vários fundamentos, enquanto a questão de direito, no caso de assunção de competência, constitui fundamento para o provimento do recurso. Mesmo que exista um único fundamento ou apenas a questão de direito dotada de grande repercussão social envolvida no recurso a ser julgado, isso não é garantia de que a questão de direito será discutida e decidida por todos os membros do colegiado.

Lembre-se, por exemplo, do caso *Metabel v. União Federal*, recentemente julgado

pelo plenário do Supremo Tribunal Federal². A questão posta no recurso extraordinário foi a de se decisão do Supremo Tribunal Federal, posterior à decisão de tribunal acobertada por coisa julgada material, poderia fundar ação rescisória fundada no antigo art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973 – violação à “literal disposição de lei”.

O recurso extraordinário foi provido por sete votos a dois, conforme a proclamação de resultado, firmando-se o precedente de que manifestação do Supremo Tribunal Federal, ulterior ao trânsito em julgado da decisão, não é fundamento para a sua desconstituição mediante ação rescisória. O recurso, embora provido por sete votos, contou com três fundamentos distintos: os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Luiz Fux, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski adotaram o fundamento de que decisão do Supremo Tribunal Federal, posterior à decisão rescindenda, não pode constituir base para a sua desconstituição por meio de ação rescisória. O Ministro Toffoli reconheceu a decadência da ação rescisória e não se manifestou sobre a questão da possibilidade da desconstituição de decisão com base em precedente ulterior do Supremo Tribunal Federal. A Ministra Cármen Lúcia rejeitou a decadência e o fundamento sustentado pelos cinco Ministros, provendo o recurso depois de admitir a ação rescisória e analisar a questão do creditamento de IPI devido à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. O Ministro Teori não conheceu da questão da decadência, não abordou o fundamento sustentado pela Ministra Cármen e dissentiu da maioria. O Ministro Gilmar

2 STF, RE 590.809, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22.10.2014.

acompanhou o Ministro Teori para dissentir da maioria, sem também considerar a questão da decadência e o fundamento firmado pela Ministra Cármen.

O exemplo tem importância apenas para demonstrar que a questão de fundo pode não ser discutida e mesmo decidida por algum membro do colegiado. O Min. Toffoli tratou apenas da questão da decadência. Não discutiu nem decidiu a questão de se decisão do Supremo Tribunal Federal, ulterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, pode constituir sustentáculo para ação rescisória. Isso mostra que, caso não bem delineada a necessidade de discussão e decisão da questão de direito, essa poderá ser discutida e decidida apenas por alguns membros do colegiado, deixando-se de encontrar a voz ou o verdadeiro entendimento do colegiado definido como competente para resolvê-la.

Por identidade de motivos, a discussão e a decisão da questão de direito devem ser justificadas de modo claro, sem mistura ou confusão com fundamentos que não lhe dizem respeito. Lembre-se que a assunção de competência só existe em virtude da relevância da questão e, portanto, para se saber o que determinado colegiado pensa a seu respeito.

4. Legitimidade para requerer a assunção de competência e a sua admissibilidade pelo órgão originariamente competente e pelo órgão competente para julgar os casos derivados de incidente de assunção de competência

De acordo com o § 1º do art. 947, “ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério

Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar”.

A legitimidade para requerer o deslocamento da competência, portanto, é de qualquer das partes do caso sob julgamento (recurso, etc.), do Ministério Público e da Defensoria Pública – quando estes obviamente já estiverem funcionando no processo – e do relator, de ofício.

Isso não quer dizer que, uma vez requerido o deslocamento de competência, esse não tenha que ser aprovado pelo colegiado originariamente competente para o caso. O relator não está vinculado ao requerimento das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública nem pode decidi-lo sozinho. Só o colegiado originariamente competente – o “juiz natural” – tem legitimidade para aprovar pedido de deslocamento de competência. Por isso, o relator, quando age de ofício, apenas submete a ideia de deslocamento de competência para os demais membros do colegiado. Jamais poderá decidir para imediatamente encaminhar os autos ao outro órgão colegiado.

Porém, quando o requerimento é feito pelo relator, parte do processo, Ministério Público ou Defensoria Pública, a decisão do colegiado não pode ocorrer antes de se dar a *todos* oportunidade de falar para convencer sobre a (in)correção do deslocamento da competência. Afinal, o requerente da assunção da competência deverá adequadamente demonstrar os motivos que evidenciam que a solução da questão de direito terá “grande repercussão social”.

Aprovado o deslocamento da competência, o órgão competente – definido

pelo regimento interno do tribunal (art. 497, § 1º, *in fine*) – para o julgamento dos casos derivados de assunção de competência poderá admiti-la ou não. O órgão colegiado para o qual foi deslocado o caso não fica vinculado à decisão do órgão originariamente competente.

Contudo, não há como dar ao órgão definido como competente poder para revogar a decisão que não admitiu a assunção, proferida pelo órgão originariamente competente. Isso porque só o juiz natural pode decidir sobre a oportunidade de deslocamento da competência. Como é óbvio, nenhum outro órgão do tribunal pode se sobrepor ao juiz natural. De modo que haveria usurpação de competência – no caso de decisão tomada pelo órgão que assume a competência – ou deslocamento inconstitucional da competência – no caso de outro órgão do tribunal definir que a competência é daquele instituído para os casos de assunção de competência.

Significa que os regimentos internos dos tribunais, embora possam definir o órgão colegiado competente para os casos de assunção de competência, não podem prever recurso de agravo contra a decisão de inadmissibilidade do órgão originariamente competente.

5. Interesse público na assunção de competência

O órgão colegiado para o qual foi deslocada a competência julgará o caso apenas “*se reconhecer interesse público* na assunção de competência”, conforme o § 2º do art. 947.

A princípio, seria possível pensar que o legislador desejou impor um novo requisito para a admissibilidade da assunção de competência. Note-se, contudo, que a previsão

de “interesse público” surge apenas quando se fala na *admissão do julgamento* do caso. Para o *deslocamento* da competência para o julgamento do caso alude-se apenas a questão de direito “com grande repercussão social”.

Mas o “deslocamento” e a “admissão do julgamento” constituem fases de uma mesma situação jurídica. O que realmente importa é saber se a assunção de competência é cabível, pois o deslocamento e a admissão do julgamento são apenas consequências do seu cabimento. Ora, não é possível supor que, para duas decisões que aferem a mesma circunstância, é possível exigir requisitos diferentes. Os dois requisitos teriam que ser necessários tanto para o deslocamento quanto para a admissão do julgamento.

Porém, além de o art. 947 ter aludido a “interesse público” ao tratar de uma fase específica, das duas locuções inseridas no artigo - “grande repercussão social” e “interesse público” – pode-se retirar previsões absolutamente similares, de modo que não se pretendeu criar dois requisitos diferentes para a admissão da assunção de competência. Objetivou-se, isto sim, frisar que tanto o órgão originariamente competente, quanto o órgão para o qual a competência foi deslocada, têm poder para aferir razões para a assunção da competência com base tanto em uma quanto em outra locução. Na verdade, pretendeu-se evidenciar que o órgão competente para a assunção deve, após ter sido decidido o deslocamento pelo órgão de competência originária, afirmar ou não razão suficiente para a assunção da competência.

Sublinhe-se que o órgão para o qual foi deslocada a competência só pode decidir pela assunção da competência depois de o órgão

originário ter reconhecido que a questão de direito tem “grande relevância social”. Ora, se não pode haver dúvida que resolução de questão de direito de “grande relevância social” é indicativo bastante de existência de interesse público, o interesse público obviamente jamais poderia servir para o órgão colegiado da segunda fase negar a existência de “grande repercussão social”, mas, a princípio, apenas para o colegiado afirmar i) que há grande repercussão social e, por consequência, interesse público, ii) que há interesse público além de grande repercussão social ou iii) que há apenas motivo de interesse público e não de grande impacto social. Essas duas últimas hipóteses, porém, são inaplicáveis. Em primeiro lugar porque não haveria sentido em exigir um requisito para abrir mão da competência e dois requisitos para assumir a competência, quando, como visto, trata-se apenas de saber se há razão para a “assunção de competência”. Além disso, a grande repercussão social é o critério para o órgão originariamente competente abrir mão da sua competência em favor da assunção, de modo que não há qualquer sentido em supor que o colegiado que assume a competência pode negar a existência de grande repercussão social em favor de outro critério, que estaria encartado no interesse público. Sem dúvida, o legislador equiparou grande repercussão social a interesse público para efeito de assunção de competência.

Tudo isso significa que a locução “interesse público”, posta no § 2º do art. 947, gera ao colegiado para o qual o caso foi deslocado a necessidade de reafirmar que a questão tem grande repercussão social e, por consequência, de declarar que há interesse público no julgamento do caso. Isso exatamente

porque o colegiado ao qual a competência é deslocada tem que concordar em assumir a competência, não bastando a decisão do órgão originariamente competente.

De qualquer forma, para evitar qualquer tentação e possibilidade de arbitrariedade, importa deixar claro que não se pode pensar que um órgão judicial pode assumir uma competência que constitucionalmente não é sua a partir de um motivo que não diga respeito à vida em sociedade, mas aos interesses da Fazenda Pública e, pior ainda, do governo.

6. Perigo de violação do direito ao juiz constitucionalmente competente diante do apelo relativo à repercussão *social* da questão de direito

Ainda que o deslocamento da competência dependa da concordância do órgão originariamente competente, é claro que isto não basta quando se pensa em garantia do juiz natural. Essa garantia, como é óbvio, não é do órgão originariamente competente ou do Poder Judiciário, mas dos jurisdicionados. Trata-se de uma garantia do cidadão de que os seus casos não serão julgados por pessoas que – a partir de uma regra delineada a partir da Constituição: “juiz constitucionalmente competente” -, não estejam objetiva e imparcialmente predefinidas para o julgamento dos casos conflitivos.

No entanto, o enunciado “grande repercussão social”, revestido de textura altamente aberta, a princípio permite ao intérprete extrair os mais diversos critérios para justificar quando uma questão de direito pode justificar o deslocamento da competência atribuída ao juiz natural. Considerando-se que a compreensão do enunciado incide sobre

um dos mais relevantes direitos fundamentais processuais - a garantia do juiz natural -, não há como deixar de chamar a atenção para o perigo envolvido na interpretação desta cláusula dotada de significado a ser determinado.

O problema aqui não mais é o de tentar explicar o significado de “grande repercussão social”, mas o de analisar o problema do texto propositadamente escrito pelo legislador para ser determinado pelo juiz. O problema seria resolvido apenas mediante a resposta de que este texto parte da premissa de que o legislador tem consciência de que a sua norma deve ser completada pelo juiz conforme as particularidades dos casos que lhe chegam às mãos? Parece que não.

É certo que a percepção de que determinadas “conclusões” dependem das circunstâncias específicas das situações concretas e dos momentos históricos fez o legislador compreender que, nessas hipóteses, deveria editar normas dotadas de conceitos vagos ou indeterminados ou dar ao juiz o poder de expressamente completar o texto legislativo, escolhendo uma opção adequada à justiça do caso concreto.³

A técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elemento que requer complementação pelo juiz. Em virtude da

3 Normas desse tipo, ditas cláusulas gerais, resultam de uma técnica legislativa que se contrapõe à técnica casuística. A técnica casuística é utilizada quando, para a estruturação da lei, são estabelecidos critérios para a qualificação dos fatos normados, ao passo que as cláusulas gerais são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da regra. Ver Nicola Picardi, La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 46.

cláusula geral, o juiz tem poder para elaborar a norma adequada à regulação do caso. A cláusula constitui texto legislativo que conscientemente lhe dá espaço para participar do processo de frutificação do Direito.

Se a técnica das cláusulas abertas deu ao juiz um espaço que não tinha, é necessário cuidado para que estas não sejam utilizadas de forma inadequada ou de modo a permitir-lhe fazer valer as suas valorações pessoais ou as suas tendências moralizantes⁴. Com certeza, as cláusulas gerais não pretendem dar a cada juiz a possibilidade de editar a sua própria norma. É interessante lembrar que Merryman, em estudo de direito comparado acerca da tradição do *civil law*, adverte que não se exige muito esforço para perceber que cláusulas

4 Franz Wieacker, em sua importante “História do Direito Privado Moderno”, ao analisar o processo de formação do *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão) advertiu que “o reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de ‘fuga para as cláusulas gerais’ (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. *Todas estas manifestações se baseiam no fato de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer atividade substantiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial firme. Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do uso correto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas*” (Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (1967), 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 476-477).

como a da boa-fé dão ao juiz de *civil law* grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-o quase sem responsabilidade diante da formulação legislativa e distante do modelo de juiz concebido pela sua tradição⁵.

A saída, portanto, além de estar na racionalidade da argumentação que deve presidir a justificativa das decisões fundadas em cláusulas gerais, concentra-se na necessidade dessa justificativa advir da Corte Suprema incumbida de definir o modo como uma cláusula geral deve ser aplicada diante de determinada circunstância específica que se repete em casos similares. Só o respeito aos precedentes da Corte Suprema pode deixar claro que a cláusula geral destina-se a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto legal. A norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante a ser definido pelas Cortes Supremas, na medida em que não terá racionalidade caso não possa ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância⁶.

5 "It is true that the legislature has acted and that its action is expressed as a substantive rule of law, but the terms are so broad ('good faith', which is not defined in the code, has an almost unlimited area of potential application) that the judge is hardly constrained by the legislative formulation. What that stature means depends on what judges do with it in concrete cases. What they do with it in concrete cases becomes the law in fact, although not in theory". (John Henry Merryman, *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Standford: Standford University Press, 2007, p. 53).

6 Na verdade, em uma perspectiva lógico-argumentativa, toda e qualquer decisão deve ser universalizável, sob pena de não ser justificada do ponto de vista do sistema jurídico. O caso das cláusulas gerais é

Recorde-se que, no incidente de assunção de competência, caberá ao órgão originariamente competente e ao órgão definido competente pelo regimento interno do tribunal para o julgamento dos casos a tarefa de justificar a existência de questão de direito de grande repercussão social. O órgão que assume a competência, como visto, também tem a obrigação de reconhecer que há um caso revestido de questão de direito de grande repercussão social, não obstante o § 2º do art. 947 fale em "interesse público" na assunção de competência.

Ambos os órgãos devem justificar as razões pelas quais entendem que a questão de direito envolvida no caso tem "grande repercussão social". A racionalidade da justificativa é imprescindível para permitir o controle e a legitimidade da assunção de competência. Ademais, o próprio colegiado responsável pelo incidente de assunção de competência deve observar os critérios que já utilizou para determinar o significado de questão de direito com grande repercussão social. Não há razão para que as suas decisões tenham efeito vinculante (art. 947, § 3º, CPC) quanto à resolução da questão sobre os demais órgãos do tribunal e juízes – eficácia vinculante *vertical* - mas não tenham em relação aos critérios para definir o que é uma questão de direito de grande repercussão social, e, portanto, sobre ele mesmo – eficácia vinculante *horizontal*. Na verdade, a decisão de tribunal que tem efeito vinculante vertical não pode deixar de ter eficácia vinculante horizontal. De modo que as decisões do colegiado sempre vincularão o próprio colegiado em relação à

um em que essa necessidade é ainda mais sensível.

questão decidida – que só poderá ser revista em hipóteses excepcionais – e também em face dos pressupostos para o julgamento da questão de direito.

7. Relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal

O § 4º do art. 947 afirma que a fórmula processual prevista para a assunção da competência também se aplica quando “ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

Trata-se também de uma transferência de competência para um colegiado definido pelo regimento interno do tribunal. A justificativa para a transferência do julgamento não é mais a existência de questão de direito com “grande repercussão social”. Basta uma relevante questão de direito e, especialmente, que a sua solução seja “conveniente” para *prevenir ou compor divergência* entre câmaras ou turmas do tribunal. A transferência também é do julgamento do caso – recurso, remessa necessária ou ação originária – e não apenas da questão de direito.

Recorde-se que a dicção do art. 947, *caput*, é no sentido de que é admissível a assunção de competência quando “envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social”. No entanto, tal como descrito o pressuposto do *caput* não há razão para supor que deve haver uma questão relevante e de grande repercussão social. É que a norma fala em relevante questão de direito,

qualificando-a como de grande repercussão social após a vírgula, ou seja, não alude a relevante questão de direito e de grande repercussão social. A relevante questão de direito é, bem vistas as coisas, qualificada ou definida como de grande repercussão social, de modo que importa apenas saber se existe questão de “grande repercussão social”. No § 4º, no entanto, fala-se apenas em relevante questão de direito, de forma que o “relevante” não busca nem tem qualificação, mas apenas qualifica a questão de direito. Nos termos do § 4º a questão de direito tem que ser relevante; de acordo com o *caput* a questão de direito relevante é a de grande repercussão social.

Portanto, é certo que a relevante questão de direito do § 4º nada tem a ver com a de grande repercussão social. Relevante questão de direito, para o efeito do § 4º, é a questão de direito cuja solução é relevante para o esclarecimento da ordem jurídica. Assim, por exemplo, questão de direito controvertida, oriunda do novo Código de Processo Civil, cuja solução é importante para o adequado funcionamento do processo, certamente é questão de direito relevante.

Contudo, para a assunção de competência do § 4º, além de a questão de direito ter que ser relevante, a sua definição deve ser “conveniente” para a prevenção ou para a composição da divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

O *caput* do art. 947, ao aludir a questão de direito com grande repercussão social, obviamente não quer dizer que a questão de direito com grande repercussão social não possa se repetir em algum processo; quer apenas esclarecer que *a sua caracterização não depende de repetição em múltiplos processos*. A questão

de direito que deve ser replicada em múltiplos processos para poder ser isoladamente julgada mediante incidente é a que constitui questão prejudicial ao julgamento de demandas que se repetem. É a dita “questão idêntica” do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss.).

Se a razão de ser da transferência de competência prevista no § 4º—do art. 947 é a prevenção e a composição da divergência, há que existir uma questão que já se repetiu e pode se repetir em vários casos. A diferença é a de que, nessa hipótese, a questão de direito pode aparecer em diferentes demandas e, portanto, em recursos e ações originárias que não guardam qualquer semelhança, de lado obviamente a questão de direito. Bem por isso, a questão de direito não há de ser prejudicial ao julgamento de demandas, porém apenas uma questão de direito envolvida no caso. Basta que a questão de direito apareça como controvertida em vários recursos – ou reexames necessários ou ações originárias - e, assim, possa dar origem a divergência entre as câmaras ou turmas do tribunal. Lembre-se que no incidente de resolução de demandas repetitivas a repetição é das demandas que envolvem a mesma questão; aqui basta a reiteração da questão em demandas distintas.

Assim, por exemplo, uma questão de direito de natureza eminentemente processual, embora posta em recursos que dizem respeito a casos que não guardam qualquer semelhança, pode dar origem a julgamento destinado a prevenir ou a compor a divergência. Da mesma forma, uma questão de direito que pergunta sobre prescrição, ao se colocar em vários recursos, pode suscitar uma única solução para

o mesmo fim de evitar a divergência.

Todavia, a questão que assim pode se repetir deve ser tal que seja conveniente a sua definição para eliminar a divergência. Além de a questão dever ter uma natureza que faça presumir a sua constante aparição nos feitos futuros, a divergência que pode se formar diante dela, em vista do seu significado, deve ter um valor capaz de permitir ver que é conveniente a sua prevenção ou composição em nome dos valores da estabilidade e das posições jurídicas que, na situação concreta, dela dependem.

Reitere-se que quando se pensa na assunção diante da divergência fala-se em *prevenção ou composição*. Casos já julgados podem evidenciar a divergência, mas a existência de outros que devem ser julgados é que demonstra a necessidade de composição da divergência. Porém, quando há casos que estão para serem julgados, sem com que a divergência já tenha se manifestado entre câmaras ou turmas, pode haver razão para a prevenção da divergência.

Note-se que tanto a câmara ou a turma originariamente competente, quanto o colegiado que deve assumir o julgamento do caso, devem aferir e justificar os pressupostos para a assunção da competência. Vale dizer que, em primeiro lugar, a câmara ou a turma deve afirmar a existência de *relevante* questão de direito e a *conveniência* da prevenção ou composição da divergência. Mas, ao receber o caso, o órgão colegiado definido como competente pelo regimento interno do tribunal para os casos derivados de assunção

de competência também deve reconhecer que a questão de direito é *relevante* e que é *conveniente* a prevenção ou a composição da divergência.

Mais uma vez a justificativa torna-se relevante para a racionalização do significado de conceito jurídico determinável no caso concreto. É preciso que as decisões expliquem o significado de questão *relevante* e de *conveniência* da prevenção ou da composição de divergência para que haja efetivo controle e legitimidade da assunção de competência. Além disso, a devida justificativa é também importante para que possa haver coerência quando o tribunal voltar a decidir a mesma situação.

Se a decisão sobre a questão de direito tem efeito vinculante (art. 947, § 3º, CPC), o colegiado, ao decidir e fixar o significado dos conceitos jurídicos indeterminados, estará se autovinculando para os casos futuros. Realmente não há motivo para supor que as decisões sobre a questão de direito vinculam os demais órgãos do tribunal e juízes, mas as decisões a respeito dos pressupostos para se decidir a questão de direito não autovinculam o colegiado. Na verdade, as decisões do colegiado também vinculam a ele mesmo, seja no que toca à questão de direito – que só poderá ser revista em casos excepcionais –, seja no que diz respeito aos pressupostos para julgá-la. O trabalho do próprio tribunal mais uma vez representará a melhor forma de controle e de racionalização das suas decisões.

8. A eficácia da decisão do incidente de assunção de competência em face das eficácias da decisão do incidente de resolução de demandas e dos precedentes das Cortes Supremas

8.1. A relação entre a decisão do incidente de assunção de competência, a decisão do incidente de resolução de demandas e os precedentes das Cortes Supremas

As decisões proferidas nos dois casos – questão de “grande repercussão social” e “relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” – vinculam “todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese” (art. 947, § 3º, CPC).

Parte-se do pressuposto de que tais decisões, por definirem questão de grande relevância social e questão não só relevante como também cuja solução é conveniente para a prevenção ou à composição de divergência no tribunal, devem vincular os demais órgãos do tribunal e os juízes de primeiro grau.

É preciso frisar, contudo, que a circunstância destas decisões terem efeito vinculante não permite confundi-las com a decisão de questão idêntica, prejudicial à resolução de demandas repetitivas, nem com os precedentes das Cortes Supremas.

As decisões de questões idênticas, próprias ao incidente de resolução de demandas, resolvem questões que surgem e ressurgem em demandas que se repetem. Embora a questão seja sempre a mesma, ela diz respeito a demandas de sujeitos que obviamente têm o direito de discuti-la, ainda que seja por meio

de um representante adequado (legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos). A decisão da questão de direito, prejudicial ao julgamento das demandas repetitivas, produz coisa julgada *erga omnes*.

O incidente de assunção de competência diz respeito a uma questão de direito específica que, voltando à análise de órgão fracionário ou de juiz do tribunal que a julgou, não pode ser decidida de outra forma. A diferença é a de que, neste caso, a questão de direito é identificada por ser de grande repercussão social ou por ser relevante e poder gerar divergência que desde logo deve ser obstada em nome dos valores da estabilidade e não por constituir uma mesma questão replicada em múltiplas demandas repetitivas. No incidente de assunção, a identificação da questão para julgamento deriva da sua qualidade e não da sua relação com demandas de massa. A qualidade da questão é que justifica a sua imediata decisão com eficácia vinculante para os casos que já existem ou estão por vir. Bem por isso, não sendo a questão influente sobre a tutela do direito de pessoas, ninguém pode ser dito privado da oportunidade de discuti-la, bem como não há que pensar em coisa julgada *erga omnes*.

Ademais, embora o incidente de assunção trate de questão de grande repercussão social e de relevante questão a respeito da qual seja conveniente eliminar a divergência, a razão para a decisão destas questões é diferente daquela que inspira as Cortes Supremas.

Lembre-se que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a de resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e a de desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas

(*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa e às Cortes Supremas a segunda. Isso significa que, enquanto perante os tribunais importa especialmente o desejo do litigante de ver bem solucionado o caso, diante das Cortes Supremas espera-se a aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme às necessidades da vida das pessoas. Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam às partes (*res judicata*), e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*)⁷.

Um tribunal de apelação não firma precedentes interpretativos por uma razão muito simples. Não é função sua atribuir sentido ao direito e dar-lhe desenvolvimento, mas resolver os litígios. Os tribunais atuam de modo a revisar a “justiça” das sentenças de primeiro grau sem qualquer restrição. Há, assim, dois juízos repetitivos sobre o litígio, devendo o tribunal estar atento aos fatos litigiosos e à prova. Isso não quer dizer, como é óbvio, que os juízes e os tribunais não tenham que dedicar tempo e esforço para dar interpretação aos textos legais. Os juízes e tribunais têm aí a importante missão de colaborar para o amadurecimento da interpretação das leis e da solução das questões de direito. Se os juízes e tribunais não podem negar o sentido atribuído ao direito pelas Cortes Supremas, cabe-lhes dar início à atividade interpretativa do Poder Judiciário, fornecendo os primeiros exemplos de interpretação e de solução das questões de direito.

7 Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 4a. ed., cit., Capítulo IV, item 2.

A função de resolver litígios deve dar aos tribunais a possibilidade de sedimentar os seus entendimentos sobre o direito. Isso para que as Cortes Supremas possam resolver os impasses interpretativos a partir de interpretações delineadas, ou seja, com base no “direito vivo” ou na “jurisprudência uniforme” de cada um dos tribunais, e não a partir de decisões dispersas e incapazes de revelar os seus pensamentos. A jurisprudência uniforme do tribunal é formada a partir do resultado dos recursos, que devem espelhar uma determinada solução interpretativa, expressa na fundamentação e na ementa do acórdão. Vários julgados num mesmo sentido, ou seja, várias soluções interpretativas numa mesma direção, dão origem à “jurisprudência uniforme” do tribunal acerca de determinada questão⁸.

O incidente de assunção é uma técnica para a definição de questões de direito que tem clara relação com a “jurisprudência uniforme”. Isso porque o incidente de assunção objetiva alcançar uma única solução para questões de direito. A grande diferença em relação à jurisprudência uniforme é a de que, enquanto nessa última chega-se a uma interpretação única com o passar do tempo e mediante debate oriundo da divergência formada a partir dos casos, nas hipótese de assunção evita-se a divergência em nome de uma definição *imediata* da questão de direito.

8 É claro que a jurisprudência uniforme, nessa perspectiva, não mais está ligada à tutela da lei ou à correção das decisões a partir do sentido exato da lei. A jurisprudência uniforme é o resultado dos vários julgados do tribunal acerca da interpretação da lei ou da devida solução de uma questão de direito, apresentando-se como dado que a um só tempo revela o entendimento do tribunal e o critério para a revisão das sentenças.

Embora isso seja mais claro na hipótese do § 4º do art. 947, a ideia de definição imediata da questão está implícita no motivo que abre oportunidade ao incidente de assunção em caso de questão de “grande repercussão social”. Na primeira hipótese supõe-se conveniente prevenir ou compor a divergência, enquanto que na segunda a imediata “solução única” é uma consequência da grande repercussão social da questão de direito.

Contudo, o que realmente importa é que a solução imediata e única da questão nada tem a ver com função de desenvolvimento do direito, peculiar às Cortes Supremas. A razão destas decisões é simplesmente esclarecer a questão de direito para o efeito das demandas próprias à circunscrição do tribunal. O precedente que define o sentido do direito, emitido pelas Cortes Supremas, orienta a vida em sociedade e regula os casos futuros. Não é pensado para casos dotados de questões idênticas que estão para ser resolvidos ou ainda podem ser apresentados para julgamento.

Por isso mesmo, as eficácias das decisões do incidente de assunção e do incidente de resolução, assim como dos precedentes das Cortes Supremas, são distintas e peculiares.

8.2. Eficácia vinculante e coisa julgada *erga omnes*

O Código de Processo Civil de 2015 expandiu os limites objetivos da coisa julgada, que não é mais restrita ao dispositivo da decisão. Agora a coisa julgada material também incide, nos termos do art. 503, § 1º, do código sobre 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.

O incidente de resolução, a despeito do seu *nomen juris*, julga uma questão de direito prejudicial ao julgamento de demandas repetitivas. Essa questão, como é óbvio, diz respeito aos litigantes das demandas repetitivas, que, por isso mesmo, não podem ser excluídos da sua discussão e, assim, participam do incidente por meio de representantes adequados - os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos. Portanto, a decisão da questão de direito, no incidente de resolução, produz coisa julgada *erga omnes*, descabendo pensar em eficácia vinculante ou obrigatória.

Mas a eficácia vinculante das decisões tomadas no incidente de assunção de competência também não pode ser confundida com a eficácia natural aos precedentes obrigatórios das Cortes Supremas. Por várias razões.

Em primeiro lugar, a eficácia dos precedentes das Cortes Supremas não precisa estar definida em lei. A Constituição Federal reserva ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal uma função que obviamente não pode ser confundida com a dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. As Cortes Supremas, muito mais do que resolver casos conflitivos concretos, desses se valem para atribuir sentido ao direito, garantindo a sua unidade, bem como para desenvolvê-lo de acordo com os novos fatos e valores sociais.

Não se quer dizer, obviamente, que as decisões das Cortes Supremas têm eficácia obrigatória por criarem o direito ou coisa que o

valha. É certo que os textos que contêm normas jurídicas são, em maior ou menor medida, equívocos, e por isso mesmo impescindem de um significado que lhes é sempre atribuído pelo juiz. Porém, se todo e qualquer juiz, a princípio, atribui significado ao texto, a tarefa de frutificação do direito é do Judiciário e, portanto, não pode ser desenvolvida ao gosto de cada juiz. É exatamente por isso que os sistemas de distribuição de justiça contemporâneos têm cortes de vértice com a função de definir o sentido do direito e de dar-lhe desenvolvimento conforme a evolução da vida social.

A interpretação judicial agrega algo de novo à ordem jurídica sem invalidar ou modificar a legislação. Ao deixar a legislação intocada, dá conteúdo a uma ordem jurídica de maior amplitude, preenchida pela legislação e pelos precedentes das Cortes Supremas.

Isso quer dizer que um precedente de Corte Suprema fixa uma interpretação ou solução que deve orientar a sociedade e regular os casos futuros⁹. Neste contexto, os precedentes das Cortes Supremas obviamente não se limitam aos litigantes envolvidos no caso, mas se estendem a toda a coletividade com o caráter de direito. De modo que a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, nada mais é do que uma consequência da função da Corte Suprema de atribuir sentido ao Direito e desenvolvê-lo - ou,

9 Como diz Wróblewski, o suposto da criatividade ocorre se e somente se uma decisão interpretativa influi de fato na aplicação do direito de maneira análoga às regras legais. Isso ocorre quando a decisão da Corte Suprema é considerada argumento nas atividades interpretativas futuras dos tribunais inferiores nos sistemas de *civil law* (Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 2001, p. 84).

em outras palavras, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante.

Além do mais, a eficácia vinculante da decisão do incidente de assunção de competência diz respeito à solução da questão de direito, ou melhor, ao resultado do julgamento, que afirma a sua solução. Todos os demais órgãos do tribunal e juízes ficam vinculados à solução encontrada para a questão de direito. Esta decisão pode ser tomada a partir de vários fundamentos, não importando se algum deles foi compartilhado pela maioria do colegiado.

Nos recursos especial e extraordinário, ao contrário, como não se julga uma questão ou fundamento específico, mas um recurso que pode ser discutido a partir de várias questões ou fundamentos, o resultado do recurso não tem como obrigar os tribunais e juízes. O que pode obrigar é a *ratio decidendi*, ou seja, as razões que amparam o fundamento que determinou a solução do recurso. Essas razões, no entanto, devem ser compartilhadas pela maioria do colegiado. É que o entendimento da corte está nas razões que sustentam o fundamento majoritário e não nas várias razões que apontam para o resultado do recurso. Um fundamento concorrente, apesar de apontar para o mesmo resultado, obviamente não expressa o entendimento daqueles que firmam o fundamento majoritário. O problema ocorre, como se vê, quando nenhum dos fundamentos é compartilhado pela maioria. Nesse caso não há *ratio decidendi* e, portanto, precedente.

8.3. Rigidez da preclusão

O fato de a eficácia vinculante, no caso de incidente de assunção de competência, ser

restrita à solução da questão de direito, tem consequência sobre a preclusão inerente à decisão do tribunal. A preclusão das decisões do incidente de assunção de competência é mais rígida, na medida em que os litigantes e o juiz de caso posterior têm um espaço menor para cogitar de distinção (art. 489, § 1º, VI, CPC).

Se o caso sob julgamento diz respeito a questão de direito já decidida em incidente de assunção, nem o litigante inconformado nem o juiz poderá argumentar para que a decisão seja ou não seja aplicada sob o fundamento de o caso ter particularidades específicas. Não será possível argumentar nem para restringir nem para estender a aplicação da decisão da questão de direito. A única distinção possível, na hipótese, deriva de a questão de direito ser outra.

É que a decisão do incidente de assunção não se destina a fixar um entendimento para a regulação dos casos futuros, mas apenas resolve uma questão de direito importante para a distribuição da justiça no âmbito da circunscrição do tribunal. A decisão não se propõe a orientar a sociedade e fixar critério para a regulação dos casos que estão por vir, mas apenas e tão somente a evitar que os juízes dos casos futuros decidam a questão de direito de maneira diversa.

Os precedentes das Cortes Supremas conferem amplo espaço para os tribunais e juízes solucionarem casos *similares*. A lógica da aplicação dos precedentes não apenas permite dizer que o precedente não deve ser aplicado em razão de o caso sob julgamento ser distinto. Um precedente deve regular caso que, a princípio, deixou de ser abarcado, mas não tem qualquer razão jurídica para por ele não ser regulado, bem como não deve regular caso

que a princípio foi contemplado porém possui particularidades que o torna incompatível com a *ratio decidendi*. Nessas hipóteses a extensão e a limitação do precedente não apenas é possível, como é necessária para a coerência do direito e para a tutela da igualdade perante a distribuição da justiça.

A distinção não é uma técnica de mera diferenciação; é, isto sim, uma técnica de desenvolvimento do direito mediante a aplicação de precedentes. Com a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes, esses se tornam adequados à regulação de outras e distintas realidades¹⁰. O direito, tal como posto no precedente, adapta-se às situações que surgem na medida em que o tempo passa.¹¹ A técnica da distinção permite que o sistema de precedentes, sem perder a sua função de tutela dos valores da estabilidade, torne-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito,

10 A aplicação da técnica da distinção exige a ponderação entre os fundamentos ou as razões do precedente (substantive reasons) e os valores que justificam o sistema de precedentes obrigatórios, vale dizer, os valores da segurança, da igualdade e da coerência da ordem jurídica (authority reasons). Nesse sentido, a extensão do precedente prioriza as suas próprias razões, pois tende a permitir que ele regule novos casos, enquanto a limitação preserva as razões da estabilidade, na medida em que não possibilita que se dê a mesma solução jurídica a casos diversos. Porém, a limitação do precedente, bem vistas as coisas, nem sempre tutela a estabilidade. Esse valor é preservado, em realidade, mediante a *contenção* do precedente, evitando-se não só a sua extensão, mas também a sua limitação. Note-se que a limitação do precedente pode derivar do intuito de não se tratar do mesmo modo de caso que, em princípio – ou seja, sem a limitação –, seria semelhante, a merecer igual solução. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 4a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, Capítulo III, item 4.2; Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201 e ss.

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

dando conta das novas realidades sem que seja preciso a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que foram contempladas desde o seu nascimento.

Portanto, *realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito, ao contrário da mera distinção realizada para dizer que uma questão de direito é igual ou não àquela que já foi decidida*. Uma decisão proferida em incidente de assunção não tem autoridade para regular caso diverso, mas também não dá ao litigante de novo caso espaço para argumentar que este, apesar de a princípio contemplado, por ela não deve ser regulado. No caso de solução de questão de direito por Tribunal de Justiça ou Regional Federal, a decisão aplica-se ou não. Isso porque, como já dito, um tribunal não decide para orientar a sociedade e regular novos casos, mas para resolver conflitos e, quando necessário, para resolver questões de direito importantes para o desempenho da sua prestação jurisdicional. Daí porque o novo litigante, diante da decisão proferida no incidente de assunção, não tem o mesmo espaço para procurar afastar a vinculação do juiz que está à frente do caso sob julgamento.

Aliás, a rigidez da preclusão é ainda maior quando se tem em conta a decisão de questão prejudicial ao julgamento de demandas repetitivas. Nesse caso há coisa julgada *erga omnes*, a afastar qualquer possibilidade de cogitação sobre a incidência da decisão da questão sobre a demanda repetitiva. Essa é julgada a partir da solução conferida à questão de direito no incidente de resolução, sendo despidendo ao demandante argumentar que a

questão de direito é a mesma. Nessa situação basta invocar a coisa julgada.

8.4. Eficácia preclusiva e revisão da decisão

O incidente de resolução, ao julgar a questão de direito prejudicial ao julgamento das demandas repetitivas, faz com que opere coisa julgada sobre a questão de direito com eficácia *erga omnes*. O fato de a decisão julgar questão prejudicial à tutela dos direitos dos litigantes excluídos de participação direta no incidente torna necessária a participação dos representantes adequados – legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos.

A coisa julgada *erga omnes* oriunda da decisão do incidente de resolução não é apenas a favor dos representados, como acontece na ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos (art. 103, III, CDC), mas *pro et contra* – podendo beneficiar ou prejudicar. Os artigos 985 e 986 do Código de Processo Civil falam em “revisão” da decisão da questão jurídica em face dos casos futuros. Essa pretensão “revisão” somente pode ser a busca de uma *outra* decisão, que não se sobreponha à decisão acobertada pela coisa julgada. Diante de decisão que produziu coisa julgada é possível ter, no máximo, pequena alteração do objeto litigioso para se ter *outra* decisão e *outra* coisa julgada, mantendo-se a decisão já proferida e a coisa julgada que lhe reveste *intactas*.

Como a decisão do incidente de resolução, proferida em face do representante adequado, pode produzir coisa julgada contra os representados, cabe perguntar se outro representante adequado ou mesmo os representados podem invocar fundamento não deduzido (mas dedutível) para rediscutir a

questão decidida no incidente.

O art. 503 afirma que a coisa julgada sobre questão depende de “contraditório prévio e efetivo”, não ocorrendo “no caso de revelia” (art. 503, § 1º, II, CPC) nem quando “houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” (art. 503, § 2º, CPC). Nos Estados Unidos a situação é semelhante. Os efeitos preclusivos da coisa julgada sobre a questão - *collateral estoppel* – são limitados ao efetivamente discutido com base na preocupação de não prejudicar o litigante que não a discutiu adequadamente¹².

Ora, se a parte que não discute a questão de forma adequada não deve ficar obstada de voltar a discuti-la, o litigante excluído cujo representante não discutiu determinado fundamento, por motivo mais evidente, não pode ser proibido de invocá-lo para rediscutir a questão. O litigante excluído obviamente não pode ser prejudicado pela não dedução de fundamento pelo representante adequado. A não dedução de fundamento que permite rediscutir a questão é, por si só, evidência de déficit de representação, que deve poder ser remediado mediante a abertura à rediscussão da questão decidida.

Portanto, a regra do deduzido e do dedutível, prevista no art. 508 do Código de Processo Civil, não se aplica à coisa julgada sobre questão decidida no incidente. Qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente pode invocar fundamento não

12 “... 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).

discutido e decidido para rediscutir a decisão em face dos casos futuros. Da mesma forma, os titulares de pretensão à tutela de direito que depende da resolução da mesma questão de direito não ficam proibidos de invocar o fundamento não discutido e decidido em suas demandas individuais.

Isso significa que a eficácia preclusiva, em caso de decisão firmada em incidente de resolução, não abarca o dedutível. Na verdade, a eficácia preclusiva, diante da decisão de questão, fica restrita ao efetivamente discutido e decidido.

Quando se fala em revisão de decisão proferida em incidente de assunção de competência ou mesmo em revogação de precedente de Corte Suprema, aponta-se para a possibilidade de qualquer litigante, mediante argumentação, demonstrar que a decisão e o precedente, respectivamente, estão a merecer revisão e revogação. Nestes casos não importa a regra do deduzido e do dedutível. Importa, em verdade, determinar a partir de que perspectiva a decisão e o precedente podem ser questionados.

Um precedente pode ser revogado quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência ou quando deixa de guardar coerência com os fundamentos de outras decisões da própria Corte Suprema¹³. O precedente também pode ser revogado quando há alteração da concepção geral sobre o direito – revelada em artigos, etc. – ou quando, excepcionalmente, baseou-se num equívoco. Enfim, um precedente não pode ser colocado em discussão em razão da discordância de

um litigante ou mesmo de um juiz, ainda que teoricamente sustentável.

Porém, o que diferencia a revisão da decisão proferida em incidente de assunção de competência da revogação de precedente de Corte Suprema é a circunstância de que, no primeiro caso, há uma decisão que *esclarece* questão jurídica importante para a prestação jurisdicional no âmbito do tribunal, enquanto que, no segundo, há uma *ratio decidendi* que, ao *apontar o sentido* do direito, orienta a sociedade e regula os casos futuros em todo o território nacional.

A tarefa de *esclarecer* questão de direito é muito mais modesta do que a de *apontar o sentido* do direito. Se todo tribunal deve esclarecer o direito para julgar os casos, apontar ou definir o sentido do direito é função reservada às Cortes Supremas. O impacto da revisão de uma decisão que esclareceu questão de direito é obviamente menor do que o da revogação de um precedente que atribui sentido ao direito. Pense-se nos valores da “confiança justificada” e da “vedação da surpresa injusta”, que podem ser violados diante de uma revogação abrupta de um precedente. Uma decisão que revoga precedente que orienta a sociedade não pode retroagir de modo a atingir aqueles que tinham motivos para ter confiança no precedente que estava em vigor na época em que os fatos do caso aconteceram. Revogação sem critérios pode significar “surpresa injusta”. É exatamente por isso que se pode admitir, ainda que em casos excepcionais, a manutenção dos efeitos do precedente para não se prejudicar aqueles que nele se pautaram.

A decisão de tribunal, além de limitada ao âmbito da sua circunscrição, está relacionada ao *esclarecimento* da questão de direito. Ora,

13 Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 14, 26 e 37.

uma decisão de tribunal que esclarece o direito certamente não reclama a mesma estabilidade da decisão que atribui sentido ao direito para todo o país.

Nesse sentido, os critérios que abrem oportunidade para a revisão da decisão da questão decidida no tribunal são menos rígidos do que aqueles que oportunizam a revogação de precedente. Não há motivo para exigir incompatibilidade da decisão com novas proposições morais, políticas e de experiência ou mesmo alteração da concepção geral sobre o direito. Importa para a revisão da decisão de tribunal, fundamentalmente, a inconsistência sistêmica da decisão, derivada da existência de decisões - do próprio tribunal - baseadas em razões incompatíveis com as que sustentam a decisão do incidente. O surgimento de razões de direito incompatíveis – diante de questões diversas - com as que estão à base da decisão, no âmbito dos órgãos fracionários do tribunal, não só favorecem os argumentos dos interessados na revisão da decisão, mas também impõem ao tribunal a sua reavaliação. Também são suficientes argumentos robustos, embora não necessariamente unânimes, da doutrina em sentido contrário ao da decisão. Esses podem abrir oportunidade para a revisão da decisão, conforme o caso. Note-se, aliás, que o § 3º do art. 947 fala em revisão e não em revogação. Numa perspectiva meramente lógica, motivos para pedir a revisão não precisam ser tão fortes quanto motivos para pedir a revogação. De qualquer forma, a opção linguística do legislador favorece a ideia de que os critérios para a revisão da decisão do tribunal em incidente de assunção são menos rígidos do que aqueles que permitem a revogação de precedente de Corte Suprema.