
A TENDÊNCIA AO REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA CIVIL NO BRASIL E NA ITÁLIA

*THE TENDENCY TO RESIZING OF THE OBJECTIVE LIMITS OF CIVIL
RES JUDICATA IN BRAZIL AND ITALY*

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

Advogado da União

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceitos centrais prévios ao desenvolvimento do tema; 2 Os limites objetivos da coisa julgada no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PL 8.046/10); 3 As perspectivas para os ordenamentos brasileiro e italiano diante do possível redimensionamento dos limites objetivos da coisa julgada; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem por objeto o estudo da tendência à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada civil no Brasil, ante a iminência de entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), bem como na Itália, com base na moderna doutrina e jurisprudência daquele país. Analisa-se, também, o direito norte-americano, uma vez que tal tendência inspira-se no instituto da *issue preclusion*. Em seguida são expostos os conceitos imprescindíveis à apresentação da proposta do trabalho. Por fim, passa-se à análise das vantagens e desvantagens que poderão advir da efetivação da tendência à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no Brasil e na Itália.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Coisa Julgada. Limites Objetivos. *Issue Preclusion*. Sistemas Brasileiro e Italiano.

ABSTRACT: This paper concerns about the tendency to extension of the objective limits of civil res judicata in Brazil, based in the new Brazilian Civil Procedure Code Project (PL 8.046/2010), as wells as in Italy, based in its modern doctrine and jurisprudence. The North American law is also analyzed, once this tendency is inspired in the institute of issue preclusion. Then, the necessary concepts to the comprehension of the work are exposed. Finally, it presents the likely advantages and disadvantages that may arise of the realization of the tendency to extension of the objective limits of civil res judicata in Brazil and Italy.

KEYWORDS: Civil Procedure. Res Judicata. Objective Limits. *Issue Preclusion*. Brazilian and Italian Systems.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em curso, uma vez mais, o debate acerca dos limites objetivos que deve possuir a coisa julgada civil no ordenamento brasileiro.¹

De acordo com a doutrina restritiva, em vigor desde a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, e que prevalece até hoje, apenas a parte dispositiva da sentença fica coberta pelos atributos da imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada.²

Contudo, o Projeto de novo Código de Processo Civil, que tem como uma de suas diretrizes centrais a uniformização da jurisprudência, reacende a polêmica, ao propor a alteração deste paradigma, estabelecendo a possibilidade de que as questões prejudiciais decididas também passem a ficar sob a égide da coisa julgada.³

1 A discussão acerca dos limites objetivos que a coisa julgada deve alcançar em nosso sistema remonta ao Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 287 assim dispunha: “Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.” Acerca deste dispositivo, José Carlos Barbosa Moreira fez as seguintes ponderações: “Logo, se por hipótese a questão foi decidida, com força de coisa julgada em processo anterior, onde constituía objeto principal do julgamento, a disciplina que ao propósito imperativamente se estabeleceu há de ter a virtude de impor-se ao juiz de outro processo, em que ela venha a ser ressuscitada. E, aqui, é indiferente que tal reproposição se faça de novo em via principal, ou apenas em caráter prejudicial: em ambos os casos, a vinculação decorrente da res iudicata fará sentir-se com a mesma intensidade. O artigo 287, destarte, se não resolve expressamente o problema de que ora se cuida, ministra, a nosso ver, elementos bastantes para que se chegue, mediante um esforço de raciocínio, à conclusão enunciada: o segundo juiz, ante a questão reproposta como prejudicial, tem de acatar a coisa julgada do feito onde ela foi apreciada principaliter. Bem pesadas as coisas, mais exato será entender-se que, no segundo processo, a prejudicial a rigor não assume o contorno de verdadeira questão. O juiz, a bem dizer, não tem porque examinar de novo a controvérsia e emitir a seu respeito outro pronunciamento; já a encontrando resolvida, limita-se, na verdade, a inserir tal solução na cadeia do seu raciocínio, a pô-la como antecedente lógico da decisão que lhe compete proferir.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. vol. 16. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, 1967. p. 207. Contudo, como adverte Leonardo Greco, o parágrafo único do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1939 gerava infundáveis polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, produzindo, por via de consequência, grande insegurança jurídica em razão da dificuldade de se precisar quais questões constituíam as “premissas necessárias da conclusão”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. II: processo de conhecimento, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 310.

2 “Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

3 “Art. 514. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º. O disposto no caput aplica-se à resolução da questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente 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.

§ 2º. A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.” Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo

Já na Itália, a tendência à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, apesar de ainda não ter sido contemplada pela legislação projetada, tem sido observada na moderna doutrina e na recente jurisprudência da Corte de Cassação.

Procurar-se-á demonstrar que tal tendência segue a lógica do instituto norte-americano da *issue preclusion*⁴, segundo o qual as questões prejudiciais relevantes para o julgamento de uma ação também restam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não podendo mais ser rediscutidas pelas partes em outras ações.

Estabelecida esta correlação, parte-se para o estudo da *issue preclusion*, com a análise de sua evolução e panorama atual no direito norte-americano.

Por fim, chega-se à etapa principal do artigo, que tem por escopo analisar as possíveis vantagens e desvantagens que poderão advir da efetivação da tendência à ampliação dos limites da coisa julgada no Brasil e na Itália.

1 CONCEITOS CENTRAIS PRÉVIOS AO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

O conceito clássico de coisa julgada proposto por Chiovenda, no sentido de que esta consistiria na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei⁵, não mais se sustenta.⁶

Civil. Relator-Geral: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em 09 maio 2013.

- 4 O § 14.02 do *Restatement (Second) of Judgments*, de 1982, estabelece que: “*The doctrine of issue preclusion (or collateral estoppel) provides that a final judgment precludes relitigation of the same issue of fact or law if: (1) the issue was actually litigated, determined and necessary to the judgment in the prior adjudication; and (2) the circumstances of the particular case do not suggest any reason why it would be unfair to invoke the doctrine. Issue preclusion usually does not carry the identity-of-parties requirement found in claim preclusion, but due process protects genuine strangers to the original litigation from being bound by issue preclusion.*” Disponível em <<http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/civpro/civpro14.htm>>. Acesso em 04 maio 2013. Confira-se a definição de *issue preclusion* elaborada por Robert C. Casad e Kevin M. Clermont: “*The doctrine of issue preclusion rests on the premise that one court should be as capable as any other to resolve the issues in dispute. Once a judgment resolves the issues after the adversary system of adjudication has run its full and fair course, the issues should not again be open to dispute by the same parties in any court. Issue preclusion not only accords with the dictates of fairness but also serves the interests of economy of judicial effort, fosters the certainty and stability of repose, and tends to prevent the anomalous situation, so damaging to public faith in the judicial system, of two authoritative but conflicting answers being given to the very same question.*” CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2001. p. 113.
- 5 De acordo com o clássico conceito de Chiovenda, a coisa julgada material “*Consiste nell’indiscutibilità della esistenza della volontà concreta di legge affermata*” [...]. “*La cosa giudicata come risultato della definizione del rapporto processuale è obbligatoria per i soggetti di questo rapporto.*” CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuali Civili*. Napoli: Casa Editrice. Jovene, 1980. p. 906 - 922.
- 6 Conforme sustentado pela melhor doutrina pátria, “[...] os ensinamentos de Chiovenda já não mais podem ser aproveitados nas sociedades pós-modernas, as quais buscam incessantemente a formação de procedimentos de inclusão

Tal conceito foi superado pela acepção desenvolvida por Liebman⁷, a qual foi seguida, entre nós, pelo próprio legislador⁸, assim como por considerável parcela da doutrina, mas que também já não corresponde à noção atualmente prevalente de coisa julgada.⁹

A concepção subsequente surgida na doutrina italiana foi proposta por Fazzalari, a qual se notabilizou pela separação nítida entre os efeitos produzidos pela sentença de mérito e pela coisa julgada.¹⁰

popular processualizada na tomada de decisões estatais. Chiovenda trabalha ainda a formação do provimento como obra do intelecto do órgão julgador, o qual, de forma solitária, é capaz de compreender e aplicar os conteúdos da lei, ao alvêdrio de uma participação mais ativa dos interessados. [...] Verifica-se ainda que as ideias do mestre italiano só podem ser tidas como admissíveis em uma concepção de processo como mero instrumento da jurisdição, sem que seja dada à instituição do processo a devida importância advinda do constitucionalismo, o qual erigiu o processo a uma garantia constitucional, na medida em que inseriu seus princípios nos capítulos de direitos fundamentais das constituições modernas. Não mais se admite, no atual estágio de desenvolvimento da humanidade, o exercício da função jurisdicional sem a observância dos princípios institutivos do processo, vez que a aplicação do direito legislado se submete a tal principiologia, circunstância esta menosprezada por Chiovenda. Não basta, dessa forma, que o "Estado-juiz" dirima, em grau de monopólio, os conflitos de interesses entre particulares, mas é essencial que tal atividade estatal se encontre adstrita aos princípios institutivos do processo." LEAL, Rosemiro Pereira. *O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 63-64.

- 7 Eis a essência de coisa julgada na visão de Liebman: *"Allo scopo di porre fine alle liti e di dare certezza ai diritti, il legislatore ha fissato un momento in cui è interdotta ogni nuova pronuncia su cio che fu giudicato. Giunto il processo a quel punto, non solo la sentenza non è più impugnabile in via ordinária ma la decisione è vincolante per le parti e per l'ordinamento e nessun giudice può nuovamente giudicare lo stesso oggetto. Nei confronti delle stesse parti (salva la lontana possibilità di proposizione delle impugnazioni straordinarie). Tutto ciò si esprime dicendo che la sentenza è passata in giudicato, ossia che è divenuta immutabile e in pari tempo immutabile è divenuta anche la statuizione che vi è contenuta, con tutti gli effetti che ne scaturiscono."* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 269. Na feliz síntese de Adriano Lucio dos Santos, Bruno Ferreira Bini de Mattos e Fábio Henrique Queiroz, Liebman, concebe a coisa julgada como fenômeno que se dá quando esgotados os meios de revisão dos julgados. Para Liebman, a coisa julgada será formada quando a sentença não mais correr o risco de ser impugnada e, por isto, modificada ou anulada. Assim, a partir da coisa julgada, a sentença pode ser considerada inatacável e irrevogável. LEAL, Rosemiro Pereira. Op. Cit., p. 87.
- 8 A conceituação de coisa julgada material pelo artigo 467 do Código de Processo Civil amolda-se à doutrina de Liebman: *"Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."*
- 9 Conforme entendimento de Moacyr Amaral Santos: *"Não é a coisa julgada um efeito da sentença, mas a sua própria eficácia, ou aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios, e que a torna imutável e indiscutível, quando não mais sujeitas a qualquer recurso, mesmo o extraordinário."* SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 52. No entanto, a doutrina pátria vem paulatinamente abandonando a concepção de coisa julgada proposta por Liebman. Confira-se, a respeito, o entendimento de Rosemiro Pereira Leal sobre o tema: *"a coisa julgada, com a vigência da Constituição brasileira de 1988, assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, perdendo a inerência significativa de mero atributo, qualidade de efeito da sentença de mérito com autoridade a suscitar ainda, em preliminar, exceção substancial (art. 301, VI, CPC) extintiva do procedimento instaurado."* LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 3.
- 10 Com esta visão de independência entre sentença de mérito e coisa julgada, Fazzalari sustenta que o trânsito em julgado de uma sentença não é determinante para a produção de efeitos materiais. Ao contrário, a eficácia de uma sentença de mérito se projeta para as partes por força própria, sem que seja necessário qualquer trâmite posterior, como a formação da coisa julgada. A correção do pensamento de Fazzalari pode ser confirmada pela simples constatação de que uma sentença civil condenatória de primeiro grau pode desenvolver eficácia plena, ainda que possa ser impugnada, ou seja, antes da formação da coisa julgada. Nas

Passando à doutrina nacional, são dignos de nota os conceitos de coisa julgada construídos por Barbosa Moreira,¹¹ Ovídio Baptista,¹² Botelho de Mesquita¹³ e Cândido Dinamarco.¹⁴

Na acepção de Leonardo Greco, que pode ser tomada como uma adequada definição hodierna para o instituto, coisa julgada é “a

palavras do processualista: “[...] *l’efficacia della sentenza si projeta nel patrimonio delle parti per forza própria, cioè in virtù della sovraordinazione del giudice; essa non ha bisogno del tramite che si vorrebbe individuare[...]*” FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 461-462.

- 11 Após enquadrar a coisa julgada na classe de situações relativas à eficácia preclusiva, José Carlos Barbosa Moreira explica, com a simplicidade e genialidade que lhe são habituais que: “[...] *é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar – salvo expressa exceção legal – para indagação alguma acerca da situação anterior. Não porque a res judicata tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam os antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente irrelevante – sempre com a ressalva acima – a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.*” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-266, p-242-243.
- 12 Na concepção de Ovídio A. Baptista da Silva, os limites objetivos da coisa julgada abarcariam todas as questões suscitadas pelo autor, ainda que não controvertidas pelo réu. Além destas questões, os demais fatos constitutivos correlatos também restariam acobertados pela coisa julgada. Confirma-se, a respeito, a seguinte passagem: “[...] *as questões que não de ficar decididas, na forma da concepção do art. 468, serão as pertinentes à lide proposta, ficando estabelecido que cada demanda terá uma configuração peculiar, com a estrutura que o autor lhe emprestou, de modo que a sentença há de abrangê-la integralmente, sejam ou não deduzidas as alegações e defesas pertinentes. Se o fundamento exposto na inicial foram os danos culposamente causados à colheita, ter-se-á de identificar nessa demanda, como seu verdadeiro fundamento (causa petendi), além do fato descrito (sucessos históricos), todos os outros que com ele sejam compatíveis, de modo que a reapreciação dessa mesma cadeia de fatos numa futura demanda resultasse numa decisão discrepante (Schwab). Ter-se-ão, pois, como decididas (implicitamente) – porque são, na verdade, questão da lide submetida ao autor pelo juiz – todas as possíveis causas que possam dar lugar à rescisão do contrato sob alegação de inadimplemento culposo do demandado.*” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 136-137.
- 13 “*Define-se como trânsito em julgado o fato de não estar mais a sentença sujeita a recursos ordinários ou extraordinários. Ocorrido esse fato, torna-se imutável e indiscutível a sentença: não a sentença toda, mas o seu elemento declaratório e a manifestação de vontade a que se vincular o efeito pretendido pelo autor, ou o juízo de improcedência da ação. A imutabilidade e indiscutibilidade, portanto, são efeitos que a lei atribui à conclusão da sentença em decorrência do fato jurídico do trânsito em julgado, não importa qual seja o conteúdo do seu elemento declaratório. A esse efeito se denomina coisa julgada material.*” [...] “*Na doutrina brasileira, a teoria mais próxima à nossa é a exposta por BARBOSA MOREIRA, que não chegou no entanto à ruptura, que preconizo, entre elemento e efeito declaratório, sem a qual continuaríamos ainda sem explicação, a meu ver, certos fenômenos.*” BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11-19.
- 14 Para Cândido Rangel Dinamarco, seguidor do pensamento de Liebman, coisa julgada seria o “[...] *status, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador; que venha a contrariar o que foi decidido: garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 302.

*imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida.*¹⁵

Fixado o conceito atual de coisa julgada, passa-se à definição de questão prejudicial.

José Carlos Barbosa Moreira, em sua célebre tese de livre docência “*Questões prejudiciais e coisa julgada*”, reconstruiu o conceito de questão prejudicial atribuindo-o exclusivamente às “*questões de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões.*”¹⁶

Como exemplo de questão prejudicial¹⁷ pode-se citar a decisão acerca da validade de um contrato ou de determinada cláusula contratual num processo onde o autor postula a condenação do réu ao cumprimento de obrigação fundada naquele instrumento particular.

Neste caso, a resolução da validade do contrato ou de uma de suas cláusulas consistirá em antecedente lógico à definição final de provimento ou desprovimento do pedido de condenação formulado.

Os conceitos de alguns institutos típicos dos ordenamentos filiados à *common law* também devem explicitados, já que a proposta do artigo funda-se em instituto concebido pelo direito norte-americano.

A *issue preclusion* (denominação mais moderna de *collateral estoppel*) torna imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais, as quais não poderão vir a ser rediscutidas em outro processo.¹⁸

15 Antes de alcançar esta definição o processualista explica que: “*A sentença deve por termo não apenas ao processo; na jurisdição contenciosa, sua esfera de atuação mais frequente, ela deve principalmente por termo ao litígio. [...] essa estabilização sempre foi um ideal da jurisdição de conhecimento, qual seja, o de sepultar o litígio, para que aquele que teve o seu direito reconhecido pela sentença possa desfrutá-lo plenamente, não vindo mais a ser molestado pelo adversário com novos ataques ou postulações que ponham em risco o seu gozo. A essa estabilização, que se espera ponha termo ao litígio, pacificando os contendores e à qual diversos sistemas processuais, no curso da História, deram alcance diverso, é que se convencionou chamar de coisa julgada [...] “Sem coisa julgada não há Estado Democrático de Direito.”* Instituições de processo civil, v. II: processo de conhecimento, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 289 e ss.

16 BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 173.

17 Como é cediço, as questões prejudiciais consistem em espécie do gênero questões prévias, as quais também abrangem as questões preliminares, que possuem natureza processual e, uma vez conhecidas, impedem que o órgão julgador analise o mérito da causa. Neste sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 02 abril 2013.

18 GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*. v. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2011. p. 109-111.

Os requisitos para a sua aplicação encontram-se dispostos no § 14.02 do *Restatement (second) of Judgments*¹⁹, revelando-se indispensável que:

- (a) tais questões prejudiciais, de fato ou de direito, tenham sido efetivamente discutidas e controvertidas pelas partes;
- (b) tais questões tenham sido essenciais para o desfecho do primeiro processo;
- (c) devem ter sido efetivamente decididas no primeiro processo e
- (d) as circunstâncias da segunda ação proposta não devem sugerir qualquer razão que demonstre uma injustiça na aplicação da doutrina.²⁰

19 Por se tratar de diploma inteiramente alheio a nosso ordenamento e cultura jurídica, faz-se necessária uma explanação acerca da natureza do *Restatement (Second) of Judgments*. Pela precisão e completude, é digna de transcrição a elaborada por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates: “O *Restatement* é uma publicação cuja finalidade é expor de forma sistemática as regras do common law dos Estados Unidos. Trata-se de obra coletiva, produzida pelo American Law Institute (ALI), (www.ali.org), um instituto não governamental do qual fazem parte importantes juristas dos Estados Unidos, cujo propósito é desenvolver e unificar a ciência jurídica. O *Restatement* procura expor, de modo tão exato quanto possível, as soluções que estão em maior harmonia com o sistema de common law americano, nas matérias em que as intervenções do legislador não foram muito numerosas. Como todas as obras do ALI, o *Restatement* não tem aplicação cogente, ou seja, não tem força de lei. Sua importância é, porém, reconhecida pela grande maioria das cortes, sendo responsável por estabelecer a abordagem moderna sobre o tema da coisa julgada nos Estados Unidos, com grande aplicação na jurisprudência. Trata-se de obra elaborada no feitiço de verdadeiro código, com artigos e parágrafos dispostos a serem aplicadas, seguidas de amplos comentários e exemplos. Porém, o *Restatement* tem natureza bastante diferente dos códigos dos países de tradição romano-germânica; aquele é apenas uma obra privada e a autoridade que se dá às suas fórmulas é derivada exclusivamente da sua qualidade e do prestígio dos seus criadores, particularmente do relator sob cuja direção foi organizado cada projeto. O *Restatement* é uma espécie de digesto em que se pode descobrir, utilizando um plano sistemático, as decisões da jurisprudência que sejam importantes na espécie. Com efeito, o relator do *Restatement (second) of judgments* foi Geoffrey C. Hazard Jr., tendo sido assessorado por nomes legendários do direito processual civil norte-americano. Não é possível escrever sobre coisa julgada sem mencionar o *Restatement (second) of judgments* [...]” GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. op. cit., p. 111-112.

20 § 14.02 Issue Preclusion

The doctrine of issue preclusion (or collateral estoppel) provides that a final judgment precludes relitigation of the same issue of fact or law if:

- (1) the issue was *actually litigated, determined and necessary to the judgment* in the prior adjudication; and
- (2) the circumstances of the particular case do not suggest any reason why it would be unfair to invoke the doctrine.

Issue preclusion usually *does not carry the identity-of-parties requirement* found in claim preclusion, but due process protects genuine strangers to the original litigation from being bound by issue preclusion.

[1] Identity-of-Issues

Num primeiro momento, a imutabilidade e a indiscutibilidade de tais questões prejudiciais ficava adstrita às partes do processo no qual restaram decididas. Como afirmam Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates, “*Tradicionalmente, portanto, os limites subjetivos da issue preclusion estavam vinculados ao princípio da mutuality.*”²¹

O princípio da *mutuality*, que pode ser traduzido como princípio da reciprocidade, consiste na limitação da aplicação dos efeitos preclusivos da coisa julgada às partes do processo, em decorrência do princípio constitucional do devido processo legal.²²

O dogma da estrita observância ao princípio da *mutuality* foi superado pela primeira vez no ano de 1942, no julgamento de *Bernhard vs. Bank of America*, ocasião em que a Suprema Corte da Califórnia admitiu que um terceiro, na condição de réu em ação proposta por uma

Issue preclusion (collateral estoppel) can operate only if the legal or factual issues in the original and succeeding proceeding are identical [Restatement (Second) of Judgments § 27 (1982)], and “where the controlling facts and applicable legal rules remain unchanged.” [Commissioner of Internal Revenue v. Sunne, 333 U.S. 591 (1948)]. A litigant may not escape issue preclusion by couching issues to appear new, even if he can demonstrate that differences in factual support or legal argument might cause the issue to be resolved differently in the succeeding case.

[2] Actually Litigated

Issue preclusion bars relitigation of only those matters that were actually litigated and determined in the prior case. Issues determined in a prior action by motion, such as for dismissal based on failure to state a claim, for judgment on the pleadings, summary judgment, or directed verdict may in fact be raised and tried in future litigation. [Restatement (Second) of Judgments, note 116, § 27, comment d]

[3] Necessary to Judgment

Issue preclusion does not apply to issues that were not necessary to the judgment as such issues are generally not appealable. [Restatement (Second) of Judgments, § 27, comment h]

When alternative issue determinations support the judgment, preclusion is also inapplicable since the judgment is not conclusive with respect to either issue standing alone. [See Restatement (Second) of Judgments § 27, Comment (i)] However, the Restatement regards such determinations as preclusive if both grounds are affirmed on appeal.

[4] Fairness

Issue preclusion in a given case may be deemed unfair where:

- (1) it was *not sufficiently foreseeable* at the time of the initial action that the issue would arise in the context of a subsequent action; or
- (2) the party sought to be precluded *did not have an adequate opportunity or incentive* to obtain a full and fair adjudication in the initial action.

[Restatement (Second) of Judgments, note 116, *supra*, § 28(5)]

21 GIDI; TESHEINER; PRATES, *op. cit.* 119.

22 “A coisa julgada – dizia-se – somente se opera reciprocamente. Como somente os sujeitos que foram partes no processo em que a questão foi decidida ficam impedidos de rediscuti-la em novo processo – em decorrência do princípio constitucional do devido processo legal –, também somente as partes poderiam ser beneficiadas por esse instituto. O princípio da *mutuality* era bastante simples: como um terceiro alheio ao processo no qual uma determinada questão foi decidida não pode ser vinculado por essa decisão, também não poderá ser por ela beneficiado, não podendo invocar a *issue preclusion* a seu favor contra um sujeito que tenha sido parte no processo.” *Idem*, p. 120.

das partes do processo anterior no qual restara decidida determinada questão, invocasse a seu favor a *issue preclusion*.²³

Em *Bernhard vs. Bank of America*, portanto, a jurisprudência norte-americana passou a admitir a aplicação da *issue preclusion* invocada contra um terceiro em relação ao processo no qual uma questão prejudicial fora decidida. Ao invocar em sua defesa a imutabilidade e a indiscutibilidade daquela questão, o réu se valeu do instituto da *defensive nonmutual issue preclusion*.²⁴

No ano de 1971, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou a possibilidade de não aplicação da regra da *mutuality*, ao julgar o caso *Blonder-Tongue Laboratories vs. University of Illinois*. A partir de então, a restrição da *mutuality* deixou de ser aplicada pelas Cortes dos Estados Unidos da América.²⁵

Já a possibilidade de alegação de *issue preclusion* por uma não parte no processo onde restara decidida a questão prejudicial, na condição de autor de uma nova ação, ou seja, a *offensive nonmutual issue preclusion*, veio a ser admitida somente em momento posterior, no ano de 1978, por ocasião do julgamento de *Parklane Hosiery Co. vs. Shore*.²⁶

Como consequência da consolidação desta doutrina, o *Restatement (Second) of Judgments* passou a contemplar a possibilidade, bem como elencou os requisitos imprescindíveis à aplicação da *issue preclusion* àqueles que não participaram do processo no qual as questões prejudiciais foram decididas.²⁷

23 Ibidem.

24 No primeiro processo, travado entre *Charles O. Cook e Bank of América*, aquele alegou e comprovou que uma senhora, falecida em 1933, e que se encontrava sob sua tutela, havia lhe destinado dinheiro. Tal questão prejudicial foi apreciada e efetivamente decidida, vindo a ser acobertada pela coisa julgada. No processo subsequente, *Bernhard vs. Bank of America*, o Banco réu suscitou aquela questão, e ao fazê-lo, demonstrou a definição judicial, de caráter imutável e indiscutível, quanto à titularidade do montante, rechaçando a pretensão de Bernhard, no sentido de que os valores seriam da falecida. Restou caracterizada a aplicação da doutrina da *defensive nonmutual issue preclusion*. Disponível em: <<http://scocal.stanford.edu/opinion/bernhard-v-bank-america-25593>>. Acesso em: 21 maio 2013.

25 GIDI; TESHEINER; PRATES, op. cit., 120.

26 “Em um primeiro julgamento – *SEC vs Parklane Hosiery Co.* – um juiz atestou que a *Parklane Hosiery* cometeu uma fraude, por meio da juntada de uma procuração falsa. Em um segundo julgamento, desta feita, sendo a parte autora a *Shore* e ré a *Parklane Hosiery*, a autora logrou êxito em trazer como questão já decidida – *collateral estoppel* – a fraude verificada no julgamento anterior.” SOARES, Marcos José Porto. O *collateral estoppel* no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012. p. 127.

27 Eis o conteúdo e conceito de *nonmutual issue preclusion* fornecidos pelo *Restatement (Second) of Judgments*: [5] Nonmutual Preclusion Doctrine
Under due process principles, a stranger to a litigation cannot be bound by its judgment. [Parklane Hosiery Co. v. Shore, 439 U.S. 322 (1979)] However, strangers to a prior litigation may be able to invoke issue

Estes os conceitos imprescindíveis à explanação da proposta deste trabalho.

2 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (PL 8.046/10)

Constata-se hoje uma relevante tendência mundial no sentido de uma maior uniformização da jurisprudência, a qual teria por principais escopos a consagração dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos.

No Brasil, tal fenômeno teve como marco o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual instituiu em nosso ordenamento a súmula vinculante²⁸ e a repercussão geral das questões constitucionais

preclusion against those who were parties, unless it appears unfair to do so (the “*nonmutual preclusion doctrine*”).

In *Parklane Hosiery*, the Supreme Court stated that *non-mutual preclusion should be denied when*:

- (1) sought by one who deliberately bypassed an opportunity to participate in the prior action;
- (2) the stake of the party against whom preclusion would be invoked was deceptively small in the prior action;
- (3) the subsequent proceeding affords significantly more advantageous procedural opportunities for that party; or
- (4) there were inconsistent prior judgments.

Furthermore, *Restatement (Second) of Judgments* § 29 makes clear that issue preclusion is unavailable if the party who would be bound “lacked full and fair opportunity to litigate the issue in the first action or other circumstances justify affording him an opportunity to relitigate the issue.”

A minority of jurisdictions apply the *mutuality doctrine*, precluding strangers from using issue preclusion to its advantage against a party to the prior litigation.

Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/civpro/civpro14.htm>>. Acesso em: 21 maio 2013.

28 A súmula vinculante consiste num enunciado que, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal de acordo com as regras estabelecidas pelo artigo 103-A (acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45/04) da Constituição da República, pela Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (que regulamenta o citado dispositivo constitucional), e pela Resolução n.º 388, de 05 de dezembro de 2008, do STF (que disciplina o seu processamento), possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral. A produção de efeitos com relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta é definida por Rodolfo de Camargo Mancuso como “*eficácia expandida panprocessual*.” Como muito bem apontado pelo processualista, o instituto da súmula vinculante transcende a seara processual, chegando mesmo a deslocar a tônica do nosso Estado de Direito, até então exclusivamente adstrito ao princípio da legalidade, e que, após o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, dá um passo decisivo em direção à flexibilização daquele primado, passando a incorporar a jurisprudência como fonte primária de Direito, tal como se verifica nos ordenamentos filiados à *common law*: “*parece acertada a escolha da Emenda à Constituição como instrumento para a inserção (rectius: ampliação) do efeito vinculante das súmulas, e não através de legislação infraconstitucional, porque aí não se trata de matéria apenas processual (quando então se configuraria a competência legislativa da União – CF, art. 22, I), mas antes se cuida de inovação que imbrica com o nosso próprio modelo jurídico-político, no qual foi pactuado o primado da norma legal como fonte reguladora das relações entre os cidadãos e destes em face do Estado (CF, art. 5º, II:*

discutidas em recursos extraordinários,²⁹ que conduziu a uma dessubjetivação, objetivação ou abstratização dos julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.³⁰

Caso venha a ser aprovado da forma como hoje se encontra, o Projeto de novo Código de Processo Civil (PL nº 8046/10) dará prosseguimento a esta tendência, cujo núcleo encontra-se consubstanciado no artigo 520.³¹

Dispõe o *caput* do artigo 520, que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável*”, com explícito incentivo à edição de verbetes sumulares em seu parágrafo único.³²

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”). É dizer: dado que o pacto fundamental estabeleceu a norma legislada como o padrão de conduta obrigatório, geral, abstrato e impessoal (forma de expressão principal do Direito), então, por simetria e paridade da forma, só o poder constituinte derivado é que poderia alterar esse registro político-jurídico.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344 - 350.

29 Conforme entendimento de Nelson Nery Jr., a exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional consiste em pressuposto especial de admissibilidade desse recurso excepcional. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*./Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 11. ed. revista, ampliada e atualizada até 17.2.2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 979.

30 Não se pretende aqui, em absoluto, desprezar a função primeira dos recursos extraordinários, qual seja, a de satisfazer a aspiração do recorrente em ver revertida decisão hierarquicamente inferior que lhe fora desfavorável. Neste sentido, vide, por todos, as lições de Cândido Rangel Dinamarco: “*Não comungo da ideia de que a ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário fossem instituídos voltados exclusivamente à estabilidade da ordem jurídico-positiva e outros escopos de ordem pública, sem guardar relação com as aspirações dos sujeitos em conflito ou com o valor do justo. De algum modo, todos os institutos processuais inserem-se invariavelmente num equilibrado conjunto de disposições que favorecem a insistente busca de satisfação de pretensões e disposições destinadas a promover a estabilização do julgado, a bem da segurança jurídica.*” DINAMARCO, op. cit., p. 999. Andrea Proto Pisani também é taxativo ao sustentar que nenhum processo é exclusivamente público ou exclusivamente privatístico. PISANI, Andrea Proto. *Público e privado nel processo civile*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Revista de Processo, n. 207, maio/2012. p. 282-302.

31 Confira-se, a respeito, a seguinte passagem da Exposição de Motivos do PL nº 8.046/2010: “[...] talvez as alterações mais expressivas do sistema processual, ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito às regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil*: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 19. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

32 Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

A ideia de possibilitar a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, prevista no parágrafo primeiro do artigo 514 também se situa neste contexto de busca pela efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos.

É importante consignar que o parágrafo primeiro do artigo 514 da versão atual do Projeto de novo Código de Processo Civil representa considerável evolução em relação ao dispositivo original concebido pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar a nova Lei Adjetiva, que não contemplava qualquer exceção ou condicionamento à formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais.³³

A formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais decididas no processo proporcionará segurança jurídica superior, uma vez que tais questões, que no regime atual poderiam voltar a ser suscitadas e discutidas pelas partes em nova ação, passarão a gozar também de indiscutibilidade e imutabilidade.

Neste sentido, Antonio do Passo Cabral, em sua recente tese de doutorado, critica a sistemática atualmente em vigor no Brasil, apontando os problemas decorrentes da limitação da coisa julgada ao dispositivo da sentença:

Ademais, vários inconvenientes práticos surgem da limitação da coisa julgada ao dispositivo também porque esta redução pode ocasionar contradição lógica entre diversas sentenças estáveis, a qual dificilmente pode ser descrita como uma opção consciente de qualquer sistema que pretenda segurança, economia processual e confiança no Judiciário. São contrastes como esses que criam certos desconfortos com a teorização tradicional dos limites da coisa julgada.³⁴

Já os princípios constitucionais da isonomia e da duração razoável dos processos poderão vir a ser potencializados caso venha a se desenvolver, dentre nós, construção análoga à *nonmutual issue preclusion*, conforme se pretenderá demonstrar no tópico a seguir.

33 Neste sentido, confira-se a abalizada crítica feita por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates à proposta original do artigo 490 do Projeto do novo Código de Processo Civil, que possuía a seguinte redação: “Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.” “Ao dizer que qualquer questão prejudicial expressamente decidida terá efeito de coisa julgada, o art. 490 do novo CPC parece incluir questões não necessárias, não essenciais e que não foram adequadamente controvertidas pelas partes. Certamente não foi esta a intenção da Comissão de Juristas, mas o dispositivo deveria ter traçado diretrizes concretas para sua aplicação, evitando infundáveis controvérsias que levarão décadas para serem dirimidas.” GIDI, TESHEINER; PRATES, op. cit. p. 113.

34 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Juspodium, 2013. p. 356.

3 AS PERSPECTIVAS PARA OS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E ITALIANO DIANTE DO POSSÍVEL REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no ordenamento brasileiro, mediante a incorporação de ideia similar à da *issue preclusion*, mais especificamente da noção de *nonmutual issue preclusion* ou *nonmutual estoppel*³⁵ do direito norte-americano, poderá trazer a vantagem de contribuir para a racionalização da forma de julgamento das ações repetitivas.³⁶⁻³⁷

Isto porque o instituto da *defensive/offensive nonmutual issue preclusion* admite, em certas circunstâncias, e desde que atendidos determinados requisitos,³⁸ que um julgamento produza efeitos preclusivos mesmo em relação a terceiros.³⁹

35 Louvando-se na regra prevista no § 29 do *Restatement (Second) of Judgments*, Robert C. Casad e Kevin M. Clermont asseveram que: “*The modern approach is that a stranger may invoke collateral estoppel against a former party, unless the former party lacked a full and fair opportunity to litigate the issue in the initial action or unless other special circumstances justify relitigation.*” [...] “*A defendant in the subsequent action can invoke collateral estoppels against a former party, say, a former plaintiff.*” [...] “*The modern approach also permits a plaintiff in the subsequent action to invoke collateral estoppels against a former party, even a former defendant.*” CASAD, Robert C. e CLERMONT, Kevin M., op., cit. p. 174-175.

36 O ordenamento brasileiro já dispõe de vários mecanismos destinados à racionalização destas ações, tais como o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos artigos 476 a 479, o julgamento “por amostragem” dos recursos excepcionais repetitivos, previsto nos artigos 543-B e 543-C e a “sentença liminar de improcedência”, prevista no artigo 285-A, todos do Código de Processo Civil.

37 Como explica Leonardo José Carneiro da Cunha, louvando-se no posicionamento de Antonio Adonias Aguiar Bastos, o que caracteriza as causas repetitivas é a homogeneidade de seu objeto, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas: “*Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.*” CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 329-347, p. 331.

38 No Direito norte-americano são três os requisitos necessários à extensão da definição de questões prejudiciais a terceiros, a saber: 1) prévia discussão da questão prejudicial pelas partes da primeira ação; 2) resolução da questão pelo tribunal competente e 3) a definição da questão prejudicial deve ter sido imprescindível ao deslinde do objeto da primeira ação. Neste sentido, HAZARD, LEUBSDORF e BASSET: “*When issue preclusion is involved between the same parties as those to the original suit, the one who claims its benefit (proponent) must show that the very fact or point now in issue was, in the former action, (1) litigated by the parties, (2) determined by the tribunal, and (3) necessarily so determined. When these conditions are met, issue preclusion may also apply to persons who were not parties to the former action.*” HAZARD, Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John; BASSET, Debra Lyn. *Civil Procedure*. Sixth Edition New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2011. p. 636.

39 Importante destacar que no direito norte-americano tal instituto é empregado com parcimônia, já que, tal como ocorre em nosso ordenamento, vige a cláusula do devido processo legal, de estatura constitucional.

Assim, a adoção da *issue preclusion* pelo nosso ordenamento, mediante a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, poderia vir a possuir o condão de delimitar o desfecho não apenas do pedido deduzido em juízo pelo autor em face do réu (que seria identificado como a parte dispositiva da sentença), mas também de questões prejudiciais⁴⁰ inerentes à demanda.

A resolução do pedido e dessas questões prejudiciais passaria a gozar da imutabilidade e da indiscutibilidade típicas da coisa julgada, fator que traria a vantagem da definição, com segurança, da tese jurídica central para aquele caso, a qual poderia vir a ser aproveitada futuramente em casos idênticos, sem que o Poder Judiciário viesse a ser compelido a proceder a análises inteiramente novas e a partir do “zero” em futuras ações com mesmo pedido e causa de pedir.⁴¹

Consequentemente, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada impediria a indesejável rediscussão das mesmas questões em milhares de processos idênticos.

Esta possível vantagem no emprego da *nonmutual issue preclusion* às ações de massa no direito brasileiro foi vislumbrada por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates:

A utilização da *offensive non-mutual issue preclusion* no direito brasileiro no caso de ações de massa seria bastante simples. Qualquer

Sobre o tema da expansão dos efeitos de um julgamento a terceiros por intermédio da *offensive non-mutual issue preclusion* e o respeito à cláusula do devido processo legal, HAZARD, LEUBSDORF e BASSET advertem que: “*This discussion proceeds from an important major premise: As a general rule, a person’s legal rights may not be concluded without an opportunity to litigate them. Consequently, although not every aspect of the law of preclusion may be constitutionally required, the protection of the opportunity to litigate one’s right is a matter of due process under the Constitution. Because protection of this opportunity is a matter of constitutional right, the exceptions to the general rule are carefully defined.*” HAZARD, Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John; BASSET, Debra Lyn. Op. Cit., p. 645.

40 “*A questão prejudicial se caracteriza por ser um antecedente lógico e necessário da prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento desta, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo.*” FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 11.

41 Neste sentido, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes sustenta que: “A extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, que tenham sido determinantes para o resultado do julgamento, prestigia os princípios da segurança jurídica e da economia processual, sem afrontar qualquer princípio constitucional relevante, pois a apreciação desses fundamentos sempre será realizada mediante cognição prévia, exauriente e com respeito ao contraditório. É portanto imperioso que o legislador brasileiro abandone a opção de restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença e, na esteira dos diversos ordenamentos estrangeiros que se inspiram no *collateral estoppel*, estenda a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão.” LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tese de doutorado apresentada na USP em 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-091621/fr.php>> Acesso em: 28 jul. 2013.

que seja a defesa alegada pelo réu (exemplo não se trata de uma relação de consumo, não houve culpa do réu, não há responsabilidade civil etc), uma vez que ela seja consistentemente afastada pelos tribunais de forma inequívoca em inúmeros processos, não faz muito sentido permitir a sua rediscussão em todos os casos futuros, apenas sob o argumento técnico de que a coisa julgada ficou adstrita aos dispositivos das sentenças dos processos já julgados.

Cabe aqui adotar o princípio norte-americano de que o réu já teve ampla oportunidade de alegar a sua defesa e os tribunais a rejeitaram. Entendemos que essa empresa não tem o direito de continuar com a postura de negar sua responsabilidade em juízo em processos futuros, litigando ferozmente até o último processo, sob a alegação de que cada processo é um processo.⁴²

Os autores, no entanto, admitem que o emprego da *issue preclusion* e a sua posterior expansão a terceiros (*nonmutual*) em situações jurídicas de massa carece de maior aprofundamento, com especial atenção à fixação de seus requisitos e à correlação entre a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada e o princípio do devido processo legal.⁴³

Deve-se registrar, também, que esta possível vantagem somente se verificaria quanto às ações repetitivas⁴⁴⁻⁴⁵, justamente em razão da existência de uma tese jurídica central ou de questões jurídicas relevantes que lhes sejam comuns.

De fato, para que seja alcançada a racionalização no tratamento das ações isomórficas, a definição dos aspectos centrais da controvérsia jurídica viabilizada pela ampliação dos limites objetivos da coisa julgada teria que ser necessariamente seguida da extensão subjetiva de seus efeitos, em termos semelhantes à lógica que rege a *nonmutual issue preclusion*.

Por outro lado, a extensão dos limites objetivos da coisa julgada em ações individuais ou mesmo coletivas que não tenham por objeto

42 GIDI; TESHEINER; PRATES, op. cit., p. 124.

43 Ibidem, p. 126.

44 Também chamadas de ações isomórficas, de massa ou ainda macrolídes.

45 Confira-se, neste sentido, a ponderação de Marcos José Porto Soares: “Só que é no campo dos direitos individuais homogêneos que reside o maior espaço para a aplicação do *collateral estoppel* no Brasil, incluindo as situações de responsabilidade civil em massa. Neste sentido, destaca-se a regra do artigo 103 do CDC que estende a vinculação da motivação das sentenças a terceiros, quando a demanda envolver direitos individuais homogêneos.” SOARES, op. cit., p. 135.

relações jurídicas homogêneas⁴⁶ não traria grandes benefícios ao nosso sistema. Ao contrário, a utilização da técnica da *issue preclusion* em todo e qualquer processo de forma indiscriminada torná-los-ia mais complexos e demorados, sem que houvesse uma substancial contrapartida em termos de promoção da segurança jurídica, isonomia e celeridade de nosso sistema jurisdicional.

À luz da experiência norte-americana com a utilização do instituto, pode-se inclusive afirmar que o emprego da técnica nestas hipóteses consistiria em verdadeira desvantagem, já que produziria o efeito de retardar o desfecho das ações.

É evidente que tal ampliação dos limites da coisa julgada, a princípio objetiva, e, num segundo momento, subjetiva, traz dificuldades, notadamente no que diz respeito ao resguardo das garantias constitucionais do devido processo legal, notadamente do contraditório e da ampla defesa.

Caso a perspectiva que ora se vislumbra venha a se concretizar em nosso sistema processual, isto é, caso venha a entrar em vigor um novo Código de Processo Civil com a regra de possibilidade de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, na forma do já transcrito parágrafo primeiro do artigo 514, ainda assim a posterior evolução para a ampliação subjetiva, nos moldes da *nonmutual issue preclusion*, deverá ser necessariamente precedida da fixação de critérios por parte da jurisprudência e da doutrina.

Já na Itália, a tendência que ora se analisa ainda não foi contemplada por nenhum projeto de lei, mas já é reconhecida em sede jurisprudencial, como ressalta Humberto Theodoro Júnior:

Na Itália, não por meio de reforma legislativa, mas por via de exegese jurisprudencial, vem sendo construída uma noção de coisa julgada material muito mais ampla que a admitida pela doutrina tradicional, ainda hoje largamente dominante, tanto no próprio direito italiano como no direito comparado.

[...]

46 Como explica Leonardo José Carneiro da Cunha, louvando-se no posicionamento de Antonio Adonias Aguiar Bastos, o que caracteriza as causas repetitivas é a homogeneidade de seu objeto, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas: "*Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.*" CUNHA, op. cit. p. 331.

Diversamente do que, entre nós, está assentado na jurisprudência do STJ, para a Corte de Cassação italiana, transitam em julgado, com autonomia, tanto o *petitum* como a *causa petendi*. Ou seja: nessa ótica o fato jurídico causal não é visto mais apenas como critério de interpretação do dispositivo da sentença, é também encarado como objeto do acerto definitivo operado com força de coisa julgada.⁴⁷

O processualista conclui, a nosso ver, com razão, que

Numa época em que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito transforma em garantia fundamental a efetividade de um processo de duração razoável e de estrutura voltada para a economia processual (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), a postura da jurisprudência italiana parece mais afinada com as metas do “processo justo” do que a tradicional, cuja conformação se construiu mais à luz do dogmatismo do que da busca de resultados práticos sensíveis à política moderna de tutela jurisdicional facilitada e eficiente.⁴⁸

No âmbito da moderna doutrina italiana que segue o entendimento que vem sendo firmado pela Corte de Cassação, no sentido da admissão da ampliação objetiva da coisa julgada, é digno de transcrição o posicionamento defendido por Virginia Petrella:

L'estensione del giudicato esterno al fatto principale, che rappresenti presupposto logico giuridico della statuizione sul diritto, nei limiti dei predetti nessi tra processi, può essere accolta oggi con maggiore serenità che in passato, alla luce di una nuova lettura del principio del giusto processo civile, offerta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, come processo di ragionevole durata rispetto alla lite nel suo complesso, da realizzarsi anche attraverso la concentrazione delle tutele rispetto all'assetto di interessi nascente da un unico rapporto o fatto produttivo di effetti giuridici o da rapporti legati da un nesso di pregiudizialità dipendenza.^{49 - 50}

47 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=84728>, p. 2. Acesso em: 22 maio 2013.

48 Ibidem.

49 PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce di principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 423 e ss.

50 Ainda quanto ao alcance da coisa julgada sob o prisma objetivo na doutrina estrangeira, o doutrinador catalão Jordi Nieva Fenoll sustenta que “*Vanamente trató la Doctrina de limitar la eficacia de cosa juzgada*

Mesmo alguns dos processualistas italianos que compõem a doutrina mais tradicional filiam-se, em certas circunstâncias, a este entendimento da Corte de Cassação. Humberto Theodoro Júnior informa que:

Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, por exemplo, dão como certo o posicionamento da jurisprudência italiana que, para efeito da coisa julgada externa (material), amplia o objeto do decisório para alcançar a hipótese da prejudicialidade lógica, independentemente de formulação de declaratória incidental, nos casos de relação jurídica complexa que vem a ser deduzida em juízo de maneira fracionada. Por exemplo: a pretensão ao aluguel tem como pressuposto lógico necessário a relação locatícia, de modo que a sentença, passada em julgado, de condenação ao aluguel de um determinado período, põe em relevo a existência e a validade da locação. Esse pressuposto da sentença não pode ser ignorado em posterior demanda originada do mesmo contrato. Pelo menos nas relações complexas derivadas de um só contrato, Caponi e Proto Pisani estão acordes com a posição jurisprudencial, no sentido de que o objeto do processo e da coisa julgada não pode ficar limitado à pretensão deduzida em juízo, sob risco de, em sucessivas demandas, em torno de outras prestações derivadas do mesmo contrato, chegar-se a uma grave contradição lógica de julgamento.⁵¹

al fallo de la sentencia. Buena parte de la responsabilidad de que ello haya sido así hay que atribuírsela a CHIOVENDA, que insistió razonadamente en ese punto. Pero sin embargo, es obvio que el pensamiento solo responde, en realidad, a la voluntad de algunos prácticos del derecho de evitar complejidades. Si la cosa juzgada se restringe al fallo de la sentencia, hay mucho menos que interpretar, ciertamente. Pero si nos damos cuenta de que ese fallo solamente puede interpretarse si se acude a los fundamentos de la sentencia, ciertamente la conclusión tradicional debe ser puesta en cuestión. Si además pensamos que el criterio que sigue un Juez para determinar lo que escribe en su fallo es sumamente variable, incluso aleatorio, y que además existe la costumbre en diversos Estados de realizar fallos extraordinariamente extensos y razonados, nos damos perfecta cuenta de lo profundamente cuestionable que resulta restringir los efectos de cosa juzgada al fallo de la sentencia.” NIEVA FENOLL, Jordi. La cosa juzgada: el fin de un mito. Santiago: Legal Publishing, 2010, p. 11.

Destaca-se que a Ley de Enjuiciamiento Civil (Código de Processo Civil espanhol), editada no ano de 2000 e em vigor desde janeiro de 2001, passou a contemplar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais: “Artículo 400 Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.” Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.l2t2.html>. Acesso em: 22 maio 2013.

51 THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 4.

A desvantagem que poderia advir para o ordenamento italiano com a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada seria uma possível superior delonga no desfecho dos processos judiciais estritamente individuais, diante do risco das partes procurarem deduzir todo e qualquer fato e fundamento jurídico relacionado, mas não necessariamente aplicável àquela demanda específica, com vistas à formação de coisa julgada favorável sobre todos esses pontos.

Tal desvantagem também existe, em tese, quanto ao nosso ordenamento. Não por outra razão, defende-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada somente nas ações isomórficas, onde o risco de delongas no processo judicial será compensado pela racionalização de centenas ou mesmo milhares de julgamentos.

Demais disso, cumpre ressaltar que a Itália já foi diversas vezes condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos por descumprir o princípio da duração razoável dos processos judiciais, contemplado no artigo 111 de sua Constituição, fator que potencializa o risco ora mencionado.^{52 - 53}

4 CONCLUSÃO

Em síntese, vislumbra-se na perspectiva de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada a possibilidade de maior efetividade dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável dos processos judiciais.

Quanto ao primeiro destes princípios, a mera positivação da possibilidade de extensão da imutabilidade e indiscutibilidade decorrentes da coisa julgada às questões prejudiciais já poderia viabilizar a maior concretude da segurança jurídica.

Já no que concerne à potencialização dos princípios da isonomia e da duração razoável dos processos, seria igualmente necessária a ampliação subjetiva da coisa julgada, em moldes semelhantes aos da *nonmutual issue preclusion* do direito norte-americano.

52 Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

53 Pode-se mencionar o caso emblemático Sra. Gloria Capuano vs Itália, no qual restou reconhecida a responsabilidade da Itália pela excessiva duração do processo, ante a violação ao art. 6º, § 1º, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como consequentes danos patrimoniais, ligados às perdas financeiras experimentadas pela Sra. Capuano, e outros não patrimoniais, provocados pela prolongada incerteza e ansiedade envolvendo o resultado e as repercussões do processo.

Todavia, este segundo passo no redimensionamento dos limites da coisa julgada em ordenamentos filiados à *civil law*, como Brasil e Itália, deverá ser precedido de um amplo amadurecimento em sede jurisprudencial e doutrinária, de modo que venham a ser estabelecidos critérios objetivos para a sua utilização, tal como ocorreu nos Estados Unidos da América.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Os limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. v. 16. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, 1967.

_____. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 ago 2013.

BRASIL. Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo Civil. Relator-Geral: Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios>>. Acesso em: 09 maio 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Bahia: Juspodium, 2013.

CASAD, Robert C. ; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princippi di Diritto Processuali Civile*. Napoli: Casa Editrice. Jovene, 1980.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil. Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*. v. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II: processo de conhecimento, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAZARD, Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John; BASSET, Debra Lyn. *Civil Procedure*. Sixth Edition New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Settima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tese de doutorado apresentada na USP em 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-091621/fr.php>> Acesso em: 28 jul 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante.*/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 11. ed. revista, ampliada e atualizada até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada: el fin de um mito.* Santiago: Legal Publishing, 2010.

PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce di principi del giusto processo civile. In: *Studi in onore di Carmine Punzi.* Torino: G. Giappichelli, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A inconstitucionalidade como questão prejudicial no controle difuso incidental da constitucionalidade das leis perante órgãos jurisdicionais de primeira instância.* Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/inconstitucionalidade.pdf>>. Acesso em: 02 abril 2013.

PISANI, Andrea Proto. Pubblico e privato nel processo civile. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *Revista de Processo*, n. 207, maio 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 1989.

SOARES, Marcos José Porto. O *collateral estoppel* no Brasil. *Revista de Processo*. v. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada.* Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=84728>. Acesso em: 22 maio 2013.

