

## LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REFLEXÕES INSPIRADAS NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Revista de Processo | vol. 194/2011 | p. 101 - 138 | Abr / 2011  
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 9 | p. 1301 - 1340 | Out / 2011  
DTR\2011\1338

### Antonio Gidi

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Houston, EUA.

### José Maria Rosa Tesheiner

Professor Titular da PUC-RS.

### Marília Zanella Prates

Mestre em Direito pela PUC-RS.

**Área do Direito:** Civil; Processual

**Resumo:** O presente trabalho analisa a proposta contida no Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL 166/2010), que pretende ampliar os limites objetivos da coisa julgada para abranger as questões prejudiciais expressamente decididas em sentença. Para tanto, faz-se estudo comparado entre a solução brasileira atual e o instituto da issue preclusion nos Estados Unidos, esmiuçando-se suas vantagens e desvantagens. Conclui-se que a proposta de alteração deve ser rejeitada, porque não será capaz de promover economia ou efetividade processual, mas, pelo contrário, tornará os processos judiciais mais demorados e complexos.

**Palavras-chave:** Coisa julgada - Limites objetivos - Issue preclusion - Claim preclusion - Novo Código de Processo Civil - Questões prejudiciais - Preclusão.

**Abstract:** This paper analyses the proposal in the "New Civil Procedure Code" (Bill 166/2010) to broaden the objective limits of res judicata to include issues expressly decided in the judgment. The Brazilian solution is compared to the American doctrine of issue preclusion and their advantages and disadvantages are discussed. We conclude that the proposal should not be adopted because it does not promote procedural economy or effectiveness but, on the contrary, make actions longer and more complex.

**Keywords:** Res judicata - Objective limits - Issue preclusion - Claim preclusion - New Civil Procedure Code - Issues - Preclusion.

### Sumário:

1.INTRODUÇÃO - 2.OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO SISTEMA BRASILEIRO ATUAL - 3.RAZÕES PELAS QUAIS A EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS FOI AFASTADA NO BRASIL - 4.OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO SISTEMA NORTE-AMERICANO - ISSUE PRECLUSION - 5.VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ISSUE PRECLUSION NO DIREITO NORTE-AMERICANO - 6.EFEITOS DA ISSUE PRECLUSION SOBRE TERCEIROS - 7.EFEITOS DA ISSUE PRECLUSION SOBRE TERCEIROS - UMA PROPOSTA PARA AS AÇÕES DE MASSA NO DIREITO BRASILEIRO - 8.COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS - 9.CONCLUSÃO: O DIREITO BRASILEIRO NÃO DEVE ADOTAR A COISA JULGADA SOBRE AS QUESTÕES PREJUDICIAIS - 10.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. INTRODUÇÃO

A disciplina dos limites objetivos da coisa julgada variou bastante na história do processo civil brasileiro. Segundo Guilherme Estellita, entre o fim do século XIX e o início do século XX, praticamente toda a doutrina brasileira filiava-se à teoria da "presunção da verdade", a qual teria por consectário lógico a extensão dos limites objetivos da coisa julgada aos motivos da sentença.<sup>1</sup> Antes do advento do Código de Processo Civil de 1939, parte importante da doutrina brasileira inclinava-se a admitir a extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, desde que efetivamente controvertidas durante o processo.<sup>2</sup>

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, muito se discutiu sobre o tema em função do art. 287, cuja interpretação foi objeto de infundáveis divergências<sup>3</sup> e tinha a seguinte redação:

"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."

Os setores da doutrina mais sintonizados com o pensamento europeu da época, preocupados em eliminar do parágrafo único do art. 287 as ressonâncias savignyanas que aparentava ostentar, buscavam nas origens do dispositivo uma interpretação que as afastasse. Recusavam-se a aceitar que o Código houvesse consagrado a tese de que a sentença era a presunção da verdade, inteiramente superada pela doutrina europeia mais moderna.<sup>4</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 eliminou a controvérsia, ao optar explícita e claramente pela tese restritiva, segundo a qual a coisa julgada fica limitada ao dispositivo da sentença, não abrangendo os motivos da decisão, ou seja, não abrangendo as questões prejudiciais. O art. 468 do CPC brasileiro atual reproduz a fórmula carnelluttiana, estatuindo que:

"Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas."

E o art. 469 completa a fórmula, ao estabelecer:

"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."

O Projeto de Novo Código de Processo Civil pretende alterar a solução atual. Veja-se a redação do art. 490 do Projeto Substitutivo (PL 166/2010), aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010:

"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" (grifamos).

Ao dar força de coisa julgada às "questões prejudiciais expressamente decididas" na sentença, o Projeto de Novo Código de Processo Civil pretende voltar à solução preconizada pela maioria da doutrina e da jurisprudência anterior ao Código de Processo Civil de 1939. Com o objetivo de contribuir para o debate, o presente estudo analisará as vantagens e as desvantagens dessa proposta, a partir da comparação entre a solução brasileira atual e a do ordenamento jurídico norte-americano, cuja fórmula é similar ao Projeto. É através do estudo sobre o direito comparado que obteremos a munção necessária para melhor compreender e criticar a proposta de atribuir caráter de coisa julgada às questões prejudiciais.

### 2. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO SISTEMA BRASILEIRO ATUAL

Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual são bastante restritivos. O art. 468 do CPC prevê que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Como a lide se submete à apreciação do órgão judicial apenas por meio do pedido, não podendo ser decidida senão “nos limites em que foi proposta” (art. 128 do CPC), segue-se que o conteúdo sujeito à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do pedido.<sup>5</sup>

A redação do art. 468 é problemática, pois, além de restringir a coisa julgada aos “limites da lide”, também faz referência a “questões decididas”. Essa expressão tem origem no Projeto Carnelutti de Código de Processo Civil Italiano<sup>6</sup> e, como vimos acima, foi copiada no art. 287 do CPC de 1939. A sobrevivência dessa expressão no Código de Processo Civil de 1973 sempre exigiu malabarismos doutrinários para ser explicada no contexto dos limites objetivos da coisa julgada tal como delineados nos arts. 469 e 470 do CPC de 1973.<sup>7</sup> Essa redação ambígua, somada à antiga polêmica envolvendo o art. 287 do CPC de 1939 tornam necessária a explicitação de que as questões prejudiciais não têm aptidão para adquirir autoridade de coisa julgada. Assim, o art. 469 estabelece que não fazem coisa julgada: os motivos; a verdade dos fatos e a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo.

A rigor, diz Barbosa Moreira, bastaria aludir aos “motivos”, em que tudo o mais já está compreendido.<sup>8</sup> Nos motivos estão os fundamentos da sentença e neles se incluem a decisão sobre as questões prejudiciais. Os dois últimos incisos do art. 469 do CPC, portanto, apenas reiteram e explicitam o conteúdo do inc. I. Assim, a coisa julgada não atinge a fundamentação da sentença (inc. I), o que significa: (a) a coisa julgada não compreende os fatos que na motivação foram tidos por verdadeiros ou não (art. 469, II); (b) a coisa julgada não alcança a apreciação de questões prejudiciais resolvidas incidentalmente no processo (art. 469, III), como a questão da paternidade em ação de alimentos. Mas entendemos válida a explicitação da norma. O que perde em poder lógico, ganha em conteúdo didático: a vedação expressa da coisa julgada das questões prejudiciais é relevante, em face da longa e conturbada história do instituto no Brasil (seção 1).

A opção do legislador brasileiro foi claramente a de adotar regime extremamente restrito para os limites objetivos da coisa julgada, ainda que correndo o risco de levar a decisões logicamente incompatíveis entre si. Um contrato, por exemplo, pode ser tido como válido em um processo, trazendo por consequência a condenação do réu ao cumprimento de determinada prestação, e inválido em outro, indeferindo-se o pedido de condenação do réu ao cumprimento de prestação diversa da primeira. Ou, o que seria ainda mais injusto, um contrato pode ser considerado válido em um processo promovido por A contra B e inválido em um processo promovido por B contra A.

Tais contradições são amenizadas por serem consideradas “meramente” lógicas e não contradições práticas e, portanto, aceitas no sistema.<sup>9</sup> Muito embora, sejam realmente contradições “meramente” lógicas, tal explicação é cerebrina e de difícil entendimento para o jurisdicionado que se vê envolvido em uma situação como essa, contribuindo para o real desprestígio da função jurisdicional.

A ação declaratória incidental é o mecanismo apto a atribuir o caráter de coisa julgada às questões prejudiciais e eliminar esse risco de contradição. Tal incidente depende da iniciativa das partes (art. 470 do CPC) e resulta em sentença que conterá a solução da questão prejudicial no dispositivo, e não na fundamentação, possibilitando, portanto, que a questão assim decidida possa adquirir autoridade de coisa julgada, dentro da fórmula do atual art. 469 do CPC. Trata-se de remédio legal que visa à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, em atenção ao duplo interesse da economia processual e da prevenção de decisões conflitantes.<sup>10</sup>

Como dito, o Projeto de Novo Código de Processo Civil altera a solução atual da relação entre coisa julgada e questões prejudiciais. A iniciativa da Comissão de Juristas traz à tona, novamente, o debate acerca das vantagens e desvantagens da extensão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais. Trata-se de discussão que foi intensamente travada em nossa doutrina e jurisprudência antes do advento do Código de Processo Civil de 1973, resultando na solução restritiva atual, mas que ficou esquecida pelas mais de quatro décadas em que o atual Código de Processo Civil está vigente.

Como disse George Santayana, aqueles que se esquecem do seu passado estão condenados a repeti-lo.<sup>11</sup> Portanto, para que possamos contribuir para o debate, é imprescindível recordar as razões pelas quais nossa doutrina e jurisprudência, que antes do advento do Código de Processo Civil de 1939 adotava solução semelhante à norte-americana, passou a defender solução mais restrita durante a vigência desse diploma legal, o que culminou com a restrição dos limites objetivos ao dispositivo da sentença no Código de Processo Civil de 1973 (seção 3).

Em face da extensa experiência prática do direito norte-americano com o tema, ainda mais luzes obteremos se analisarmos atentamente as vantagens e desvantagens do mesmo instituto no sistema jurídico norte-americano, para que possamos considerar a pertinência da referida mudança no sistema pátrio (seções 4 e 5).

### **3. RAZÕES PELAS QUAIS A EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS FOI AFASTADA NO BRASIL**

O principal argumento empregado pela doutrina brasileira, quando da discussão acerca do art. 287 do CPC de 1939, para afastar a extensão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais baseava-se no respeito ao princípio dispositivo.<sup>12</sup> Nesse sentido, correta a constatação feita por Gidi de que a adoção de solução restritiva dos limites objetivos da coisa julgada nos países de *civil law* decorre da deferência ao princípio de que “as partes são as donas do processo”.<sup>13</sup>

Barbosa Moreira alertava para o fato de que muitas vezes é inconveniente para as partes a extensão do julgamento a relações jurídicas estranhas ao âmbito do pedido. Afinal, as partes podem estar despreparadas para enfrentar uma discussão exaustiva das questões prejudiciais porque talvez, por exemplo, não seja possível, à época da propositura da demanda, coligir todas as provas necessárias àquela ampla discussão e, ainda assim, tenham a necessidade de ajuizar desde logo a ação. Defendendo a solução restritiva, Barbosa Moreira ponderava que, quando houver interesse, as partes sempre podem lançar mão da ação declaratória incidental, medida considerada satisfatória e capaz de equilibrar o princípio dispositivo e a eventual necessidade de definição das questões prejudiciais.<sup>14</sup> Ademais, poder-se-ia acrescentar, se a regra fosse a da coisa julgada das questões prejudiciais, as partes que não estivessem preparadas para litigar tais questões se sentiriam desencorajadas a propor qualquer demanda, com receio de serem vinculadas em questões meramente incidentais aos seus interesses atuais.

Esse é, precipuamente, o entendimento majoritário de nossa doutrina<sup>15</sup> e adotado pelo Código de Processo Civil de 1973. A exaltação do princípio dispositivo advém de concepção liberal, típica de um conceito de processo calcado no paradigma individualista, como admitem alguns dos defensores de tal princípio.<sup>16</sup> Diante da crescente preocupação com o caráter publicista do processo e do incentivo ao ativismo judicial, não surpreende a sugestão dos elaboradores do Projeto de Novo Código de Processo Civil no sentido de alargamento dos limites objetivos da coisa julgada.<sup>17</sup>

A proposta de ampliar os limites preclusivos da sentença está ligada aos ideais de economia processual e coerência entre as decisões judiciais, que corretamente atraem o interesse da mídia e dos processualistas contemporâneos. Muito embora as intenções dos elaboradores do Projeto de Novo Código de Processo Civil sejam as melhores, cumpre examinar se a alteração proposta efetivamente contribuirá na realização de tais objetivos.

Os doutrinadores contemporâneos à promulgação do Código de Processo Civil de 1973 não aceitaram a coisa julgada das questões prejudiciais, baseados no princípio dispositivo, mas também no repúdio à teoria de Savigny e na adoção das ideias de Chiovenda,<sup>18</sup> segundo as quais, em apertada síntese, o importante é que a regra jurídica concreta, formulada pelo juiz enquanto revelador da vontade do legislador,<sup>19</sup> se torne definitiva.<sup>20</sup>

A defesa da solução que limita a coisa julgada ao dispositivo da sentença raramente se embasava em considerações de ordem prática. A única exceção era Barbosa Moreira, que, com a perspicácia de sempre, alertava para as dificuldades que poderiam ser causadas pela

eventual diversidade de procedimentos entre o processo em que determinada questão prejudicial ficasse decidida com força de coisa julgada e o processo em que se pretendesse aplicar tal autoridade.<sup>21</sup> Assim, para usar um exemplo atual, poderia uma questão prejudicial decidida no âmbito do Juizado Especial Cível – procedimento simplificado e célere, no qual não há ampla instrução probatória – ser considerada definitivamente julgada, a ponto de não poder ser rediscutida em uma ação processada pelo procedimento ordinário? A indagação continua pertinente e deverá ser respondida pela jurisprudência, se o Novo Código de Processo Civil estender os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais.

A solução adotada em 1973 parece harmônica, já que as partes poderão lançar mão da ação declaratória incidental quando sentirem a necessidade de decisão definitiva sobre determinada questão prejudicial. Contudo, a declaração incidente tem escasso emprego na prática forense brasileira,<sup>22</sup> o que é um indício da pouca importância prática do tema.

O assunto é complexo. Por um lado, a possibilidade de decisões judiciais contraditórias desprestigia o Judiciário e parece afrontar de maneira inaceitável a economia processual. Por outro, a extensão dos limites objetivos da coisa julgada também gera dificuldades, não somente aquelas apontadas pela doutrina brasileira antes do advento do Código de Processo Civil de 1973, como também outras constatadas na prática do sistema norte-americano, a seguir examinadas nas seções 4 e 5. Resta decidir quais fatores devem prevalecer.

#### 4. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO SISTEMA NORTE-AMERICANO – ISSUE PRECLUSION

Uma maneira para melhor conhecer o direito nacional e buscar inspiração para resolver nossos próprios problemas práticos é conhecer de perto a experiência estrangeira com o tema. O estudo do direito comparado, longe de ser um mero instrumento teórico, nos ajuda a abordar os temas jurídicos de forma mais aberta e criativa e a pensar em problemas e soluções que a visão limitante da análise exclusivamente nacional não nos fornece. No caso da coisa julgada sobre questões prejudiciais, a experiência prática e a construção teórica do direito norte-americano é, sem dúvida, a mais enriquecedora, em face da massiva experiência desse país com o tema. A análise comparada, portanto, mostrar-se-á bastante iluminadora e fundamentará as conclusões desse estudo.

Portanto, como contraponto ao estudo da coisa julgada sobre as questões prejudiciais, estudaremos o instituto da *issue preclusion* do ordenamento norte-americano.<sup>23</sup> Através da *issue preclusion*, tornam-se imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais.<sup>24</sup> Trata-se de instituto típico dos países de *common law*, originado no direito germânico. Ao contrário da *claim preclusion*,<sup>25</sup> cuja origem remonta ao Direito romano.<sup>26</sup> No Brasil, como visto, atualmente não há coisa julgada sobre questões prejudiciais. Porém, pode-se dizer que o art. 935 do Código Civil contém regra semelhante à *issue preclusion* quando determina que não se pode rediscutir algumas questões de fato decididas em processo penal.<sup>27</sup>

Segundo Robert Casad e Kevin Clermont, a *issue preclusion* baseia-se na premissa de que todas as Cortes têm a mesma capacidade de decidir determinada questão.<sup>28</sup> Tal como acontece com a coisa julgada sobre questões prejudiciais do direito brasileiro, a doutrina norte-americana considera que a *issue preclusion* afeiçoa-se aos ideais de economia processual e segurança jurídica, evitando decisões contraditórias.<sup>29</sup>

O instituto da *issue preclusion*, porém, não é isento de críticas. Alguns autores que estudaram o tema mais de perto questionam a sua aptidão para alcançar os objetivos de economia processual e mesmo de coerência entre as decisões.<sup>30</sup> Ademais, na realidade da prática forense norte-americana, a *issue preclusion* tem perdido espaço em razão da ampliação dos limites objetivos da *claim preclusion*, os quais determinam, em apertada síntese, que o autor é obrigado a veicular em uma só demanda todas as pretensões (*claims*) que tenha contra o réu com relação ao mesmo fato ou conjunto de fatos.<sup>31</sup> Seja como for, o instituto da *issue preclusion* tem ampla aplicação prática nos Estados Unidos e sua análise renderá interessantes observações sobre o sistema proposto no Projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro.

A regra para a aplicação da *issue preclusion* é, basicamente, a de que não se pode rediscutir em outro processo a *mesma* questão que tenha sido efetivamente *controvertida* e expressamente *decidida* em processo anterior. Além disso, a questão deve ter sido *essencial* para o julgamento que encerrou o processo e sua importância para futuros processos deve ter sido *previsível* pelas partes, à época da primeira demanda.<sup>32</sup> Tais pressupostos são o fruto de uma longa construção jurisprudencial da prática norte-americana e derivam do respeito à garantia constitucional do devido processo legal. Para que sejam aplicados em um caso concreto, tais pressupostos devem ser comprovados pela parte que alegar a *issue preclusion* a seu favor.<sup>33</sup>

O instituto da *issue preclusion* é muito interessante e, ao menos do ponto de vista teórico, sua validade é irretorquível. Todavia, na prática, a necessidade de se analisar a presença de cada um desses requisitos torna-se um grande problema, que inviabiliza sua aplicação. Em primeiro lugar, segundo observação dos relatores do *Restatement (second) of judgments*,<sup>34</sup> definir se uma questão surgida em uma demanda é *idêntica* à outra decidida em demanda anterior é um dos problemas mais difíceis na aplicação da *issue preclusion*.<sup>35</sup>

Estabelecer se uma questão foi *efetivamente controvertida* entre as partes em um determinado processo tampouco é tarefa simples. E a questão também deve ter sido *expressamente decidida* pelo juiz na demanda anterior, o que nem sempre ocorre. O autor pode, por exemplo, apresentar dois fundamentos jurídicos alternativos em suporte de sua pretensão, vindo o juiz a decidir com base em apenas um deles, caso em que a questão envolvendo o fundamento não é apreciado pelo juiz não terá efeito de *issue preclusion*.<sup>36</sup>

Além de efetivamente controvertida e determinada, a questão deve ter sido *essencial* para o deslinde do feito, isto é, a questão deve ter sido necessária (*necessary step*) para o resultado obtido na primeira. O exemplo mais citado é o de uma ação fundada em acidente de trânsito, cujo pedido de indenização é rejeitado, apesar de reconhecida a culpa do réu, por haver o autor culposamente contribuído para o evento danoso (norma antigamente muito aplicada nos Estados Unidos).<sup>37</sup> Nesse caso, não há *issue preclusion* quanto à culpa do réu, ainda que expressamente decidida no processo, porque essa questão não fora essencial para o resultado da ação, para o qual bastava o reconhecimento da culpa concorrente do autor.<sup>38</sup>

Por fim, para invocar a *issue preclusion*, a parte interessada tem de demonstrar que, no processo anterior, a parte prejudicada pela decisão da questão poderia *prever* que ela poderia vir a ser invocada em uma segunda ação. O objetivo desse e de outros requisitos é evitar que a parte seja surpreendida no futuro.<sup>39</sup>

A análise de todos esses requisitos pode tomar muito tempo das cortes e demandar um nível de energia desproporcional ao resultado, tornando os processos desnecessariamente mais complexos e demorados,<sup>40</sup> como será demonstrado na seção 5 a seguir.

É interessante observar que, em linhas gerais, e de um ponto de vista funcional, todos esses requisitos da jurisprudência norte-americana de certa forma também estão presentes no direito brasileiro atual. Afinal, como a fórmula da ação declaratória incidental exige a iniciativa formal de uma parte (art. 470 do CPC) e a citação da outra para resposta (art. 321 do CPC), a questão passa a ser objeto de litígio potencial entre as partes, ainda que não o seja efetivamente e exige decisão explícita. Ademais, o art. 470 do CPC é expresso em exigir que a questão prejudicial constitua "pressuposto necessário para o julgamento da lide". A proposta de novo Código de Processo Civil, injustificadamente, elimina todos esses requisitos hoje existentes. 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. Se esse dispositivo do Projeto de Novo Código de Processo Civil for aprovado, caberá à jurisprudência fazer as

devidas limitações práticas, complementando a redação do novo dispositivo com as diretrizes concebidas pelo direito brasileiro atual e pelo direito comparado.

## 5. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ISSUE PRECLUSION NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Como se viu na seção 4, o direito norte-americano exige a presença de vários requisitos para a aplicação da coisa julgada sobre as questões prejudiciais (*issue preclusion*). A parte interessada em beneficiar-se da coisa julgada deve alegá-la e tem o ônus de provar que todos os requisitos estão presentes. Veremos abaixo, as dificuldades práticas de determinar a presença de cada um desses requisitos em casos concretos.

Em primeiro lugar, há que se determinar se a questão sobre a qual se invoca a autoridade de coisa julgada é a mesma questão que foi efetivamente decidida em processo anterior, tarefa por vezes não muito simples, envolvendo incursões detalhadas em um processo que pode ter sido extinto há vários anos.

Para determinar a identidade de duas questões, o magistrado norte-americano deve adotar uma postura pragmática. Assim, ele deve analisar se as duas questões poderiam ser comprovadas com as mesmas provas, bem como o grau de semelhança entre o objeto do primeiro e do segundo processo (*claim*). A relação de tempo e espaço entre os eventos envolvidos nas duas questões também é considerada relevante.<sup>41</sup>

A aplicação dos fatores sugeridos pelo *Restatement* para a análise da identidade de questões nem sempre enseja uma resposta clara.<sup>42</sup> O tema é bastante complexo e sua resolução depende das circunstâncias de cada caso.<sup>43</sup> James Flanagan cita o caso de duas ações envolvendo indenização por danos à saúde causados por amianto, em que se aplicou a coisa julgada sobre questões decididas em uma ação que tinha por objeto determinada doença em outra ação que tinha por objeto doença inteiramente diversa.<sup>44</sup>

Ou seja, o requisito mais óbvio para a aplicação da coisa julgada sobre questões, o de que elas sejam iguais, pode demandar extensa discussão na prática norte-americana, tornando os processos desnecessariamente mais complexos e demorados. Como não se poderá aceitar a coisa julgada se as questões (a decidida e a cuja rediscussão se pretende evitar) não forem as mesmas, esse requisito, logicamente, terá de ser respeitado caso o Brasil adote o instituto. Importaremos, assim, toda a complicação que existe no direito norte-americano sobre esse aspecto.

Em segundo lugar, para adquirir autoridade de coisa julgada, uma questão prévia tem de ter sido objeto de controvérsia efetiva entre as partes.<sup>45</sup> De certo modo, o sistema norte-americano também respeita a vontade das partes, no sentido de que somente as questões efetivamente debatidas e controvertidas em juízo podem se tornar definitivas. Claro, não há a necessidade de pedido em sentido estrito, como acontece no Brasil com a ação declaratória incidental. Basta que o tema tenha sido objeto de controvérsia entre as partes durante o processo. Por esse motivo, em casos de revelia, acordo ou confissão não ocorre a *issue preclusion*.<sup>46</sup>

Para provar que uma questão foi efetivamente discutida em juízo, a parte interessada na aplicação da *issue preclusion* pode se valer dos autos da ação anterior. Se os autos não forem suficientes, é possível lançar mão de outros meios de prova, como a testemunhal.<sup>47</sup> Ou seja, nem sempre é fácil estabelecer se uma questão foi efetivamente controvertida, como reconhece o próprio *Restatement*.<sup>48</sup> Tal dificuldade é apontada como um dos pontos negativos da doutrina da *issue preclusion*, porque decidir se uma questão foi controvertida ou não pode tomar muito tempo das cortes, deitando por terra o ideal de economia processual.<sup>49</sup> Essa dificuldade não teria maior repercussão na prática do direito brasileiro, uma vez que, de acordo com o nosso sistema escrito, os autos são a reprodução completa e absoluta do processo: *quod non est in actis non est in mundo*. Já o processo norte-americano é diferente e uma parte fundamental do processo não é reproduzido formalmente nos autos.

O terceiro requisito é que a questão deve ter sido efetivamente decidida no processo anterior. À primeira vista, parece ser mais fácil saber se uma questão foi decidida pelo juiz do que estabelecer se ela foi controvertida entre as partes. A tarefa, porém, não é isenta de dificuldades, especialmente porque no sistema norte-americano não há um imperativo constitucional estabelecido no sentido de que todas as decisões judiciais tenham de ser amplamente motivadas e fundamentadas, como ocorre no Brasil (art. 458 do CPC e art. 93, IX da CF/1988).<sup>50</sup> No sistema norte-americano, observa Robert Wyness Millar, em geral, a definição das questões que servem de premissa ao julgamento não é encontrada na decisão final, mas em atos anteriores do processo.<sup>51</sup> Essa dificuldade é muito mais clara nos casos decididos através do tribunal do júri, que não tem o dever de fundamentar suas decisões. Como se verá adiante (seção 9), a dificuldade em saber se uma questão foi realmente decidida também existe no Brasil.

O quarto fator levado em conta no sistema norte-americano para a aplicação da *issue preclusion* é a importância da questão no resultado final do processo: para adquirir autoridade de coisa julgada, a decisão sobre determinada questão tem de ter sido essencial para o resultado final do julgamento. Assim, se o resultado final baseou-se na definição de duas questões e qualquer uma delas traria, sozinha, o mesmo resultado, nenhuma terá efeito de *issue preclusion* (vide exemplo mencionado na seção 4), porque nenhuma delas é essencial para o resultado final. Essa é a posição do *Restatement (second) of Judgments*<sup>52</sup> e amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência.<sup>53</sup> Esse requisito é criticado por alguns autores, porque a distinção entre a essencialidade de uma ou outra questão pode ser difícil na prática.<sup>54</sup> No Brasil, a dificuldade também é sentida, como comprova o acórdão do Min. Nilson Naves citado na seção 9, abaixo.

Por fim, a *issue preclusion* não se configura se, ao tempo do julgamento do primeiro processo, não era possível prever que a questão teria importância em uma segunda ação.<sup>55</sup> O requisito relaciona-se com o pressuposto de que a questão tenha sido efetivamente controvertida entre as partes e advém do imperativo do devido processo legal. Afinal, se as partes não previram que determinada questão seria relevante para além daquele processo, muito provavelmente não colocaram todos os seus esforços para litigá-la da melhor forma possível.<sup>56</sup> Portanto, fatores como a interposição de recurso sobre a decisão da questão deverão ser levados em conta para determinar se a parte prejudicada poderia prever que a questão teria importância em processos futuros.<sup>57</sup> Assim como os outros pressupostos, a determinação concreta desse requisito na prática poderá tomar muito tempo e energia das cortes, tornando os processos ainda mais complexos e demorados.<sup>58</sup>

Além da configuração de todos esses requisitos, que pode ser muito problemática na prática forense, a aplicação da *issue preclusion* comporta inúmeras exceções e precisões, que foram criadas ao longo das décadas pela jurisprudência norte-americana. Não poderemos analisar aqui todas as exceções, mas poderemos mencionar algumas. Por exemplo, as questões puramente de direito só terão efeito de *issue preclusion* se invocadas em outros processos baseados na mesma *claim*<sup>59</sup> e os órgãos públicos não ficam impedidos pela *issue preclusion* quanto a questões de direito.<sup>60</sup> A *issue preclusion* também não se aplica, se a questão foi decidida através de um procedimento mais célere e informal do que o segundo procedimento em que se alega a preclusão.<sup>61</sup> O *Restatement (second) of judgments* elenca algumas hipóteses bastante abertas nas quais a *issue preclusion* poderá ser afastada, a critério do juiz. Por exemplo, quando sua aplicação puder causar "prejuízo ao interesse público" ou aos interesses de pessoas que não foram partes na ação em que a questão foi decidida.<sup>62</sup> Cada uma dessas exceções possui a sua própria doutrina e jurisprudência.

Além de todas as dificuldades acima mencionadas para determinar a presença de todos os requisitos de aplicação da *issue preclusion*, suas regras não são absolutas, mas meros fatores a serem apreciados com flexibilidade pelo aplicador. A incidência ou não da *issue preclusion*, portanto, é deixada em larga medida à discricionariedade do juiz.<sup>63</sup> Isso significa que, após o amplo procedimento para provar a presença de todos os requisitos acima, o juiz ainda tem discricionariedade para não aplicar a *issue preclusion*, caso não seja a melhor solução no caso concreto.

Tantos requisitos, exceções e flexibilidade, tornam a aplicação da *issue preclusion* extremamente difícil na prática e dependente das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso. As vantagens perseguidas com a adoção da regra amplexiva dos limites objetivos da coisa julgada – economia processual e respeito pelas decisões judiciais – podem não ser efetivamente alcançadas ou superadas pelas dificuldades apontadas.

Muito pelo contrário, é provável que a discussão sobre todos esses requisitos no segundo processo termine por alongar desnecessariamente o seu andamento. Outra consequência indesejada é que as partes podem aumentar desnecessariamente o esforço empregado na litigância das questões incidentais no primeiro processo, tentando comprovar e controverter todas as questões envolvidas, a fim de evitar prejuízos futuros. Isso torna os processos ainda mais complexos e demorados, o que é contrário ao ideal de economia processual.

Tais consequências nefastas são levantadas pelos próprios autores norte-americanos. Geoffrey Hazard, a maior autoridade no assunto, principal relator to *Restatement (second) of judgments* elaborado pelo *American Law Institute*, diz que o ideal de economia pode ser mais bem servido por um processo rápido e simplificado, em que as partes possam posteriormente rediscutir determinadas questões do que por um processo lento e complexo onde a preclusão é ampla.<sup>64</sup> O autor claramente demonstra preocupação com o excesso de litigiosidade que a *issue preclusion* pode trazer.<sup>65</sup>

Substancialmente no mesmo sentido, Friedenthal, Kane e Miller consideram vantajoso o sistema dos países de *civil law*, no qual as partes têm de requerer expressamente que as questões prejudiciais sejam abrangidas pela coisa julgada, mediante a ação declaratória incidental. Isso porque, assim, as partes e o juiz podem saber exatamente quais questões ficarão acobertadas pela autoridade e pela imutabilidade inerentes à coisa julgada.<sup>66</sup>

James Flanagan critica vários aspectos da *issue preclusion*, dizendo que determinar se uma questão foi ou não decidida e controvertida pode tomar muito tempo e energia dos tribunais. O autor afirma que qualquer consideração sobre os critérios exigidos para a configuração da *issue preclusion* exige amplo exame do caso anterior, contrariando a justificativa de economia e eficiência processual. Além disso, segundo o autor, o argumento de que a proibição da rediscussão de questões já decididas seria crucial à respeitabilidade do Poder Judiciário, como resultado da maior consistência entre as decisões, não supera os inconvenientes práticos desse sistema.<sup>67</sup>

Crítica semelhante é feita por Michael Green, que conclui que as possíveis vantagens criadas pela extensão dos limites da coisa julgada às questões prejudiciais não se comprovam na prática e são superadas pelas inúmeras dificuldades concretas.<sup>68</sup>

Como visto, a aplicabilidade da *issue preclusion* nos Estados Unidos, muito embora teoricamente interessante e mesmo estimulante do ponto de vista intelectual, enfrenta muitas dificuldades práticas e, por isso, encontra vários opositores. Ademais, a regra tem perdido importância prática nos EUA, pois o amplo espectro da *claim preclusion* termina por abranger a maioria dos casos: como as partes devem propor todas as pretensões que tenham contra a parte contrária, a possibilidade que uma questão possa vir a ser objeto de outro processo é muito pequena.<sup>69</sup>

Como se explicará na conclusão deste artigo, se o direito brasileiro adotar a coisa julgada sobre questões, precisará também adotar todos os requisitos da *issue preclusion* norte-americana (e, como vimos ao final da seção 5, também existentes no direito atual). Isso complicará desnecessariamente o sistema pátrio e afastará qualquer vantagem ou economia que a coisa julgada sobre questões prejudiciais possa vir a trazer.

## 6. EFEITOS DA ISSUE PRECLUSION SOBRE TERCEIROS

Apesar de não fazer parte do Projeto de Novo Código de Processo Civil, cabe fazer algumas considerações acerca das possíveis vantagens que adviriam com a adoção de um aspecto peculiar da *issue preclusion* norte-americana. Referimo-nos aos efeitos da *issue preclusion* sobre terceiros: a possibilidade de uma questão decidida em um processo entre A e B ser considerada definitivamente julgada em processo posterior entre A e C ou entre B e C.

Por muito tempo, a regra geral sobre os limites subjetivos da coisa julgada sobre questões no sistema norte-americano era a de que somente as partes de um processo poderiam sofrer os efeitos da imutabilidade de uma decisão. Tradicionalmente, portanto, os limites subjetivos da *issue preclusion* estavam vinculados ao princípio da *mutuality*. De acordo com esse princípio, que poderia ser traduzido por *princípio da reciprocidade*, somente aqueles que poderiam ser prejudicados pela *issue preclusion* – aqueles que ficam obrigados pela decisão da questão e que não mais poderão rediscuti-la – podem também ser por ela beneficiados, isto é, alegá-la a seu favor. 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.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

A regra da *mutuality* sempre comportou inúmeras exceções e críticas,<sup>72</sup> mas era reconhecida e aplicada pela maioria da jurisprudência até 1942, quando a Suprema Corte da Califórnia repudiou sua aplicação no *leading case* *Bernhard vs. Bank of America*.

<sup>73</sup> Em *Bernhard*, a Suprema Corte permitiu que um terceiro – réu em uma ação proposta por uma das partes do processo anterior em que restara decidida determinada questão – invocasse a seu favor a *issue preclusion* formada no processo anterior do qual não fizera parte ( *defensive issue preclusion* ).<sup>74</sup> Em 1971, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou a rejeição da regra da *mutuality*, no caso *Blonder-Tongue Laboratories vs. University of Illinois*.<sup>75</sup>

Com base nesses precedentes, a regra da *mutuality* passou a ser rejeitada pelas Cortes em todos os Estados Unidos. Essa rejeição deu-se em estágios, numa evolução não uniforme, ou seja, variavam os requisitos e as circunstâncias em que cada Corte permitia o uso da *issue preclusion* por terceiros que não poderiam ser por ela vinculados ( *non-mutual issue preclusion* ).<sup>76</sup> Em primeiro lugar, havia divergências quanto a quem poderia invocar a *issue preclusion*. A jurisprudência aceitava mais tranquilamente a possibilidade de um terceiro invocar a *issue preclusion* a seu favor como uma defesa, isto é, se ele figurasse no polo passivo da segunda ação (da ação em que se invocava a *issue preclusion*) e a invocasse contra o autor, que havia sido parte na ação original.

Por exemplo, imagine-se o caso de um acidente de carro envolvendo A e B, sendo que B dirigia um carro que pertencia a C. Primeiramente, A propõe ação contra B requerendo indenização e tal ação é julgada improcedente com base na decisão prejudicial de que a culpa pelo acidente era de A, que havia agido com negligência. Inconformado com a sua derrota, A propõe uma ação de indenização contra C, mas com causa de pedir diferente, pois o fundamento do pedido não é a contribuição de B para o acidente, mas sim o fato de que C era o dono do veículo e, portanto, deveria arcar com os danos causados. Pela regra da *mutuality*, C não poderia alegar *issue preclusion* quanto à questão da negligência de A, já decidida no processo anterior. Com o abandono da visão tradicional, contudo, as Cortes passaram a aceitar que C pudesse alegar a *issue preclusion* sobre essa questão de forma defensiva.<sup>77</sup> Essa é a chamada regra da *non-mutual defensive issue preclusion*, cuja aplicação não gerava muita controvérsia.<sup>78</sup>

Já a possibilidade de um terceiro alegar *issue preclusion* em uma posição de ataque, i.e., em ação na qual figure no polo ativo contra um réu que fora parte na ação anterior, suscita muitas divergências. A possibilidade de *non-mutual offensive issue preclusion* foi aceita pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1979, no caso *Parklane Hosiery Co. vs. Shore*.<sup>79</sup> A Suprema Corte, contudo, estabeleceu parâmetros gerais para a ampliação dos limites subjetivos da *issue preclusion*. Basicamente, um terceiro poderá invocar a

coisa julgada sobre questões quando propuser uma ação contra a parte de ação anterior, se ficar comprovado que a parte teve ampla oportunidade para discutir a questão no processo em que a questão ficou decidida (*full and fair opportunity to be heard*).<sup>80</sup>

Outro fator a ser observado é a existência de decisões conflitantes sobre a questão em relação à qual se pretende alegar a *non-mutual offensive issue preclusion*. Assim, se já houve dois processos envolvendo o mesmo réu e, em cada um deles a questão da sua culpa foi decidida de maneira diferente, a *issue preclusion* sobre essa questão não deverá ser aplicada quando alegada em um terceiro processo, proposto por um autor diferente, contra o mesmo réu.<sup>81</sup>

Tais parâmetros foram depois aperfeiçoados pelo *Restatement (second) of judgments* que, em seu § 29, consagra a aplicação da *issue preclusion* a favor de terceiros, sejam eles réus ou autores na segunda ação, condicionada, porém, a várias exigências.<sup>82</sup>

Inúmeros outros requisitos são elencados no *Restatement*. Há, inclusive, uma cláusula geral segundo a qual a *issue preclusion* não deverá ser aplicada quando alegada por um terceiro, se "outras circunstâncias" indicarem a necessidade de rediscussão da questão, o que dá uma margem de discricionariedade enorme ao julgador para adaptar o instituto às necessidades do caso concreto.

Como vimos, a aplicação da *issue preclusion* envolve vários fatores a serem determinados caso a caso – como a identidade das questões e sua efetiva controvérsia, bem como a essencialidade desta para o resultado final do processo. Todos esses requisitos devem ser observados também no caso de a *issue preclusion* ser invocada por terceiros. Mas a aplicação da *issue preclusion* invocada por terceiros é ainda mais casuística, pois inúmeros fatores adicionais devem ser sopesados.

Assim, apesar de consagrada<sup>83</sup> e amplamente aceita, muitos autores ainda criticam a aplicação da *issue preclusion* quando invocada por terceiros que não tenham sido partes no processo original, especialmente quando esses terceiros ocupem o polo ativo da ação contra um réu que já enfrentou outro processo envolvendo a mesma questão (*offensive issue preclusion*). Segundo Antonio Gidi, há um consenso no sentido de que em tais casos as cortes devem ser mais cautelosas ao aplicar a *issue preclusion*.<sup>84</sup>

Para melhor compreensão do tema, vejamos um exemplo. Figure-se o caso de um acidente aéreo, no qual vários passageiros tenham sofrido danos. Passageiro 1 propõe uma ação contra a companhia aérea e nesse processo fica decidida a questão da responsabilidade da companhia no acidente. Posteriormente, passageiro 2 propõe uma ação contra a companhia aérea, invocando *issue preclusion* em relação à questão da responsabilidade da Companhia. Passageiro 2 está invocando a *issue preclusion* a seu favor de forma ofensiva.

A *offensive issue preclusion*, muito embora estabelecida na prática norte-americana, sempre foi bastante criticada. Por exemplo, é certo que tal situação de alguma forma acarreta desigualdade entre as partes, porque se a Companhia saísse vitoriosa na primeira ação não poderia invocar *issue preclusion* contra passageiro 2, em face do princípio do devido processo legal. Assim, o terceiro pode ser favorecido mas não prejudicado pela *issue preclusion*. Todavia, o espírito pragmático do direito norte-americano calculou que, se é certo que o passageiro 2 não pode ser prejudicado por não ter tido oportunidade de defender o seu direito em juízo, a mesma justificativa não procede quanto à companhia, a quem foi dada essa oportunidade de forma ampla no processo anterior.

Uma outra crítica comumente feita à *offensive issue preclusion* é que essa solução encoraja os potenciais autores a esperar que outro interessado proponha uma ação na qual fiquem decididas as principais questões envolvendo a causa para depois beneficiarem-se da decisão proferida no processo anterior, sem ter que discutir e provar tais questões e sem correr o risco de serem prejudicados por uma decisão contrária a seus interesses.<sup>85</sup> A crítica procede até certo ponto: é verdade que a possibilidade de *offensive issue preclusion* é um estímulo à inércia e gera benefícios a pessoas que não têm nada a perder. Todavia, isso, por si, não é suficiente para justificar uma nova discussão sobre fatos que já foram previamente determinados em juízo.

Outra preocupação quanto à *offensive issue preclusion* diz respeito ao excesso de litigiosidade no processo em que o réu preveja a possibilidade de aplicação da *issue preclusion* sobre determinada questão para futuros processos envolvendo várias outras pessoas. O réu empregará todas as suas forças para litigar e comprovar qualquer questão que possa vir a ser importante em processo futuro, aumentando a complexidade de um processo que poderia ser mais simples. Isto é, o ideal de economia processual, um dos pilares da *issue preclusion*, seria prejudicado.<sup>86</sup> Como já vimos, o argumento de que a *issue preclusion*, especialmente quando invocada por terceiros, favorece a economia processual é muito criticado, porque a quantidade de tempo gasto para decidir se todos os requisitos necessários para a sua aplicação estão presentes termina por tornar ainda mais longo e demorado o andamento processual.<sup>87</sup> Todavia, veremos a seguir na seção 7 que a economia em processos futuros pode ser considerável, no caso de responsabilidade civil de massa.

## 7. EFEITOS DA ISSUE PRECLUSION SOBRE TERCEIROS – UMA PROPOSTA PARA AS AÇÕES DE MASSA NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese as dificuldades na aplicação da *issue preclusion* para beneficiar terceiros que não foram parte do processo em que a questão ficou originalmente decidida, a técnica pode ser interessante em pelo menos uma situação: nos casos de ações resultantes de responsabilidade civil de massa, nas quais várias pessoas tenham sofrido danos similares. O exemplo mais simples são danos simultâneos causados a um grupo de pessoas em decorrência de um único acidente provocado por um único agente, como a queda de um avião, o incêndio de um edifício ou o naufrágio de um navio. Naturalmente, exemplos em que a responsabilidade é subjetiva são bem mais fáceis de dar, uma vez que a questão da culpa é a mais importante.

A utilização da *offensive non-mutual issue preclusion* no direito brasileiro no caso de ações de massa seria bastante simples. Qualquer 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. Imagine uma empresa que perde sistematicamente centenas ou milhares de processos onde sua responsabilidade é determinada judicialmente. 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.

Esse princípio pode ser utilizado em uma série de situações onde há responsabilidade civil de uma empresa em face de um grupo numeroso de pessoas.

Exemplos menos simples ocorrem nos casos de responsabilidade civil derivada de eventos não-simultâneos, particularmente nos casos de danos massivos devido a produtos tóxicos, como amianto, cigarro ou produtos farmacêuticos (*mass toxic torts*). Nesses casos, a questão da causalidade genérica é comum a todos os membros do grupo de pessoas expostas ao produto. Por exemplo, o amianto causa câncer? O cigarro causa câncer? O cigarro vicia? Determinado produto farmacêutico causa parada cardíaca? É claro que a causalidade específica não pode ser determinada de forma uniforme: o câncer do autor foi causado pelo amianto ou por outras causas?<sup>88</sup> O câncer do autor foi causado pelo cigarro ou por outras causas? A parada cardíaca do autor foi causada pelo produto farmacêutico ou por outras causas? Essas questões individualizadas precisam ser determinadas em face dos fatos específicos de cada caso concreto, como o tempo de exposição ao produto, a composição genética do autor e o seu histórico de vida. Todavia, pelo menos as questões verdadeiramente comuns podem ser objeto de coisa julgada nos moldes da *offensive issue preclusion* norte-americana.

Alguns autores norte-americanos consideram que a aplicação da *offensive issue preclusion* seria mais aceitável nos casos de danos simultâneos e não teria utilidade nas hipóteses mencionadas acima de *mass toxic torts*.<sup>89</sup> Todavia, pensamos que essa afirmação não procederia em nosso sistema.

Nos exemplos acima, as tradicionais dificuldades da aplicação da *issue preclusion* estudadas nas seções 5 e 6 não se aplicam ou ficam bastante diminuídas. A questão prejudicial é exatamente a mesma, sendo essencial para a sentença final, sua utilização em processos futuros é previsível etc.

O principal defeito da aplicação da *offensive issue preclusion* nos EUA é que ela se dá depois de um único processo contrário ao réu. O ideal, porém, seria adotar outro critério e precluir o réu de continuar apresentando a mesma defesa depois que várias decisões judiciais já tiverem demonstrado a sua improcedência.

Esse problema poderia ser resolvido pelo direito brasileiro de outras três maneiras. Uma delas seria através da litigância de má-fé. Afinal, incorre em má-fé aquela parte que deduz defesa contra fato incontroverso, opõe resistência injustificada ao andamento do processo, procede de modo temerário ou provoca incidente manifestamente infundado (art. 17 do CPC). Mas não vemos possibilidade de que a litigância de má-fé seja assim interpretada, se o sistema jurídico não instituir normas específicas que precluam a rediscussão da questão.

A segunda forma de resolver esse problema é através da ação coletiva. Através de uma única ação, de natureza coletiva, seria resolvida a questão comum dos membros do grupo. Com efeito, a coisa julgada de questões, tal como acima proposta, somente seria útil nos casos em que uma ação coletiva não foi ou não pôde ser proposta, ou foi julgada improcedente por insuficiência de provas.

Por fim, uma terceira maneira de resolver essas questões seria através do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 930 a 941 do Projeto de Novo Código de Processo Civil. O Projeto, porém, incide no mesmo erro exposto acima, ao não prever que o incidente de resolução de demandas repetitivas somente seja cabível depois que a questão fática e jurídica esteja devidamente amadurecida através de inúmeras decisões, a ponto de poder se considerar que a questão esteja devidamente sedimentada.

O conceito do amadurecimento jurídico de conflitos massivos é complexo e extremamente importante, mas tem sido negligenciado pelo direito brasileiro.<sup>90</sup> Grosso modo, pode-se dizer que um conflito massivo passa por várias fases. Em uma primeira fase, os autores perdem os seus processos individuais sistematicamente e o réu prevalece na grande maioria das vezes. A questão ainda é nova e os autores não têm ainda provas decisivas ou o argumento jurídico ainda não está solidificado. Em uma segunda fase, novas provas começam a ser encontradas, novos argumentos começam a ser trazidos, há um amadurecimento e uma conscientização geral sobre a causa e os autores começam a ganhar alguns processos e perder outros. Em uma terceira fase, vários processos já foram julgados, a jurisprudência já está assentada e todas as provas já apareceram. A tese da responsabilidade do réu fica estabelecida e os autores passam a ganhar os processos de forma sistemática.

Somente quando o conflito está amadurecido, pode-se dizer que o conflito está maduro para ser resolvido através de um incidente de resolução de demandas repetitivas, de uma ação coletiva ou da coisa julgada sobre questões. Uma decisão precipitada poderá comprometer o direito de todos os interessados.

O tema da coisa julgada sobre questões para o benefício de terceiros no caso de situações jurídicas de massa carece de maior aprofundamento. Ter-se-ia de estabelecer os requisitos necessários para a aplicação da coisa julgada em tais casos, além de se analisar a relação entre a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada e o princípio do devido processo legal. O assunto merece ser objeto de estudo específico, coisa que o presente trabalho não pretende realizar.

## 8. COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS

Como vimos, os sistemas brasileiro e norte-americano têm profundas diferenças no que se refere aos limites objetivos da coisa julgada. O brasileiro adota solução simples e restritiva, limitando a coisa julgada ao dispositivo da sentença, excluindo os motivos da decisão e quaisquer questões prejudiciais que não tenham sido objeto de pedido expresso e formal formulado pelo autor. Já o sistema norte-americano adota solução complexa e ampla, pois estende os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais efetivamente controvertidas, decididas, necessárias para o julgamento final e cuja importância em processos futuros possa ser prevista à época da decisão.<sup>91</sup>

A atual solução brasileira é a mesma adotada em muitos países europeus<sup>92</sup> e, entre nós, inspira-se nas lições de Chiovenda<sup>93</sup> que, apoiado na reconstrução do conceito de coisa julgada do Direito romano, sustenta que o processo não é expediente lógico de resolução de questões, mas sim meio prático de atuação da vontade concreta da lei.<sup>94</sup> Poder-se-ia concluir, assim, com apoio em Chiovenda, que a solução norte-americana reflete a concepção que enfatiza o elemento lógico do processo, típico do processo de origem germânica. Com efeito, a *issue preclusion* tem origem no Direito germânico.<sup>95</sup> Completamente alheios a essa discussão teórica e abstrata, os autores e decisões norte-americanos justificam a *issue preclusion* com argumentos de ordem eminentemente prática, como os objetivos de economia processual, segurança jurídica e credibilidade do Poder Judiciário.<sup>96</sup> Atualmente, porém, não são poucos aqueles que criticam tal instituto norte-americano exatamente porque ele não é capaz de atingir tais objetivos na prática (vide seção 5).

Interessante assinalar que alguns países de *civil law* adotam soluções similares à *issue preclusion*. Em Portugal, por exemplo, a jurisprudência aceita a formação da coisa julgada sobre as questões prejudiciais.<sup>97</sup> Também na França e Espanha já houve decisões aceitando a coisa julgada sobre questões prejudiciais, mas a jurisprudência ainda é instável nesse ponto.<sup>98</sup>

No Brasil, não havia nenhum movimento doutrinário ou jurisprudencial no sentido de alargamento dos limites objetivos da coisa julgada, apesar de algumas vozes dissonantes, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, que defendiam uma interpretação amplexiva do art. 287, flexibilizando o princípio dispositivo. Thereza de Arruda Alvim, por exemplo, afirmava que essa solução "melhor resguardava o bem jurídico" objeto do processo, proporcionando maior estabilidade jurídica à comunidade e homenageando a economia processual.<sup>99</sup>

A proposta de alteração contida no Projeto de Novo Código de Processo Civil também se inspira no ideal de economia processual. A exposição de motivos que acompanha o projeto sucintamente esclarece que "o novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais".<sup>100</sup> Feita a comparação entre o direito norte-americano e brasileiro, cabe, finalmente, concluir se a proposta de reforma será capaz de cumprir tal objetivo.

## 9. CONCLUSÃO: O DIREITO BRASILEIRO NÃO DEVE ADOTAR A COISA JULGADA SOBRE AS QUESTÕES PREJUDICIAIS

Em face das críticas feitas pela doutrina brasileira anterior ao Código de Processo Civil de 1973, diante da experiência prática norte-americana e a incompatibilidade dos requisitos da *issue preclusion* com a nossa realidade, conclui-se que o direito brasileiro não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais, nos termos da proposta contida no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, nos raros casos em que a coisa julgada sobre questões terá alguma utilidade prática, a inovação não trará economia processual. Pelo contrário, a complexidade e o tempo de duração aumentarão tanto no primeiro processo, em que a questão será decidida pela primeira vez, quanto no segundo processo, em que coisa julgada sobre aquela determinada questão vier a ser invocada. No primeiro processo, como as partes saberão que qualquer questão ali discutida e decidida não poderá ser reapreciada em nova demanda, despenderão todos os esforços necessários para defender suas teses com relação a todas as possíveis questões prejudiciais que venham a surgir durante a tramitação do feito. Essa será a conduta padrão de todos os litigantes em todos os processos, ainda que o risco de propositura de um segundo processo futuro nunca venha a se materializar. Já o processo em que a coisa julgada sobre determinada questão vier a ser invocada tornar-se-á complexo e longo em razão da difícil análise acerca dos requisitos necessários à caracterização desse instituto, conforme vimos nas seções 4 e 5 acima.

Em todo caso, ainda que a coisa julgada sobre questões gerasse economia processual, é inaceitável justificar a expansão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais somente com base na economia dos custos que um processo gera para o Estado. Tal justificativa apenas demonstra a falência da máquina estatal para providenciar o acesso à Justiça garantido pela Constituição.<sup>101</sup>

Durante a tramitação do Projeto de Novo Código de Processo Civil no Senado Federal, foram propostas as Emendas 58 e 148, de autoria, respectivamente, dos Senadores Francisco Dornelles e Marconi Perillo, que objetivavam a manutenção do sistema atual restritivo, limitando a coisa julgada ao pedido.<sup>102</sup> A justificativa das emendas é tão somente no sentido de que a extensão dos limites objetivos da coisa julgada violaria o princípio da iniciativa das partes, destoando do disposto nos arts. 472 e 474 do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, que obrigam o juiz a ficar adstrito aos pedidos das partes.<sup>103</sup> Nenhuma justificativa de caráter prático foi mencionada: a objeção é fundada apenas na violação a um princípio processual.

Ao contrário dessas propostas de emenda, nossa conclusão não se baseia no respeito cego a princípios abstratos, mas sim em considerações práticas, principalmente aquelas tiradas da experiência norte-americana com o instituto. Nenhum princípio é absoluto e a obediência a qualquer princípio apriorístico não pode servir de justificativa política para adotar ou repelir qualquer regra. Nesse ponto tem razão Thereza Arruda Alvim, ao dizer que a mitigação do princípio dispositivo é perfeitamente aceitável diante de outros imperativos tais como a segurança jurídica.<sup>104</sup> Apenas discordamos da autora porque, como vimos, as dificuldades práticas geradas pela extensão da coisa julgada às questões prejudiciais parecem-nos inafastáveis ou, pelo menos, extremamente difíceis de serem afastadas e não justificam o mínimo de segurança jurídica que essa norma poderá trazer.

No parecer do Senador Valter Pereira, que deu origem ao projeto substitutivo aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010, as emendas acima referidas 58 e 148 foram rejeitadas sob a seguinte justificativa:

"A Emenda 58 (similar à Emenda 148) deve ser rejeitada, tendo em vista que o projeto consagra avanços consideráveis no que se refere à coisa julgada em questões prejudiciais. Entendemos que a *extensão dos efeitos da coisa julgada também às questões prejudiciais expressamente decididas é medida extremamente salutar, que contribui para a efetividade do direito processual*, evidenciado, mais uma vez, como mero instrumento para a concretização de direitos materiais. Não nos parece adequado, portanto, impedir o avanço do projeto nessa matéria."<sup>105</sup> (grifamos)

Conforme vimos, a afirmação destacada no trecho acima não corresponde à realidade. Ou seja, a coisa julgada sobre as questões prejudiciais não torna os processos mais efetivos. Pelo contrário, torna-os mais demorados e complexos.

Na experiência norte-americana, a análise dos requisitos exigidos para a aplicação da *issue preclusion* frequentemente aumenta desnecessariamente a complexidade e a duração de um processo judicial. Poder-se-ia argumentar que o sistema pátrio poderia adotar regra diferente da norte-americana, que evitasse os problemas lá constatados. Essa hipótese merece maior análise.

Seria possível imaginar, por exemplo, uma regra de coisa julgada sobre as questões prejudiciais que eliminasse a necessidade de se analisar se a questão foi efetivamente litigada e explicitamente decidida no processo anterior? Não nos parece prudente confiar em decisões implícitas. Pode-se imaginar que em nosso sistema essa tarefa seria simplificada, em razão do princípio da fundamentação das decisões. Porém, a experiência jurisprudencial demonstra que aqui também pode haver dificuldades. Veja-se, por exemplo, acórdão proferido já sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, em que o Min. Nilson Naves ao fim reconhece a regra do art. 469. Antes, porém, afirma que, mesmo que se entendesse que a coisa julgada englobasse as questões prejudiciais, no caso não estava claro se a questão havia sido efetivamente decidida no processo anterior. Diz o Ministro:

"(...) Não é exato que o acórdão mineiro, do ano de 1983, tenha afirmado que no caso 'inexistiu o negócio fiduciário' (...). Conquanto o acórdão, cujos trechos destaquei acima, tenha também se referido ao negócio fiduciário, haja vista o início do voto do Desembargador (...), quero crer, no entanto, que o que o levou a julgar improcedente a ação foi a relação de locação supostamente reconhecida no acórdão paulista, naquela ação proposta em 1978. Supostamente, porque, ao que tudo indica, o julgamento paulista não concluiu pela existência da locação (...)."<sup>106</sup>

Nota-se, no caso acima, a dificuldade prática em se definir, primeiro, se uma questão foi efetivamente julgada e, segundo, se ela foi necessária ao resultado final do processo anterior. Modernamente, diante da realidade da justiça brasileira, em que os operadores do direito deparam-se diariamente com sentenças e acórdãos pouco fundamentados e muitas vezes redigidos por estagiários, o obstáculo não seria facilmente afastado.

As dificuldades mencionadas com relação ao sistema norte-americano acerca da análise da identidade de questões são universais e certamente ocorreriam aqui também. A complexidade da realidade forense atual é garantia de problemas quanto ao exame desse fator.<sup>107</sup>

Há ainda o problema da compatibilidade de procedimentos e de amplitude da instrução probatória de cada processo, já apontada entre nós por José Carlos Barbosa Moreira.<sup>108</sup> Por exemplo, seria viável aceitar que a relação de paternidade declarada em uma ação de alimentos, sem a realização de exame de DNA, fosse considerada conclusiva em qualquer outro processo entre as mesmas partes? Diante do amplo movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de desconsiderar a coisa julgada em ações declaratórias de paternidade nas quais tal prova não tenha sido produzida,<sup>109</sup> a resposta só pode ser negativa. Ou, no mínimo, tal dificuldade geraria inúmeras discussões, aumentando a complexidade e a duração dos processos (tanto o anterior como o posterior).

Além disso, seria possível abandonar a necessidade de previsibilidade de que a questão possa vir a ser objeto de novo(s) processo(s) no futuro? Seria possível evitar o requisito de que as partes tenham efetivamente controvertido a questão no processo anterior? Dificilmente essas hipóteses seriam aceitas na doutrina brasileira, tão ciosa do princípio do contraditório. O requisito de que a questão tenha sido controvertida é corolário do devido processo legal. Permitir que a decisão sobre determinada questão se torne indiscutível em processos futuros, sem que as partes a tenham levantado e colocado todas as suas forças na discussão, é solução que infringe tal princípio constitucional.

Por tudo o que se demonstrou neste trabalho, a aplicação da coisa julgada sobre questões no direito brasileiro, se aprovada, deverá respeitar as complexas diretrizes existentes no direito norte-americano (e no direito brasileiro atual) para ser minimamente justa e se adequar ao princípio constitucional do devido processo legal. Ao fazê-lo, atrairá os problemas e a complexidade que existem atualmente no direito norte-americano, o que inviabilizará a aplicação do instituto. Da forma como está redigido, o art. 490 da proposta de novo Código de Processo Civil não contém nenhuma diretriz concreta para a sua aplicação prática, o que levará a infundáveis controvérsias por várias décadas, até que a jurisprudência consolide o seu entendimento.

Há outro aspecto da *issue preclusion* analisado neste trabalho, que não faz parte do projeto do novo Código de Processo Civil, mas cuja análise enriquece este estudo. Demonstramos acima que o sistema norte-americano admite a aplicação da coisa julgada sobre questões com relação a terceiros, o que, a princípio, parece vantajoso para as situações de ações de massa, em que há um só réu e vários autores. Isso porque, nesses casos, os requisitos gerais da *issue preclusion* seriam mais fáceis de analisar e a possibilidade de economia processual seria muito maior, em face do número de pessoas envolvidas no conflito. O tema, porém, envolve outros requisitos que teriam de ser analisados separadamente e que escapam aos limites do presente trabalho.

Com relação às ações *simples*, que envolvam só uma ou poucas partes, que foi o objeto do presente artigo, mantém-se a conclusão de que a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais pode tornar ainda mais demorados e complexos os processos judiciais, tanto o processo no qual a questão é decidida pela primeira vez, quanto aquele no qual a autoridade de coisa julgada de tal decisão é invocada. As hipóteses em que essa consistência adviria sem que nenhuma das dificuldades apontadas ocorresse são muito poucas para justificar a complexidade do novo sistema.

Os casos em que uma mesma questão entre as mesmas partes possa voltar ou efetivamente voltará a ser discutida em um segundo processo são raríssimos. Ainda nesses casos, a probabilidade de que a questão seja decidida da mesma forma que no processo anterior é grande. Não vale a pena adotar a complexidade da *issue preclusion* para preservar a consistência de decisões em um número tão insignificante de casos. Deixar que a questão seja rediscutida em um segundo processo, ainda que possa parecer contraditório, é mais simples e representa dispêndio de menos tempo e energia.

E há mais uma consideração de caráter comparado que poderia passar despercebida. A determinação de questões de fato no direito norte-americano muitas vezes envolve gastos enormes de tempo e de dinheiro, relacionados com a *discovery* e a apresentação das provas ao tribunal do júri. Faz mais sentido, naquele sistema, a ampliação dos limites da coisa julgada.<sup>110</sup> O mesmo problema de custo do processo e desperdício de tempo não existe em nossa tradição jurídica: para nós não custa caro nem leva muito tempo rediscutir questões que porventura já tenham sido decididas em processos anteriores.

Por outro lado, cabe mencionar que a adoção de outro aspecto da coisa julgada do sistema norte-americano poderia trazer vantagens ao sistema pátrio. Trata-se da extensão dos limites objetivos da coisa julgada material de forma a tornar obrigatória a veiculação de todos os pedidos que o autor possa ter contra o réu e que o réu possa ter contra o autor, com relação ao mesmo fato ou conjunto de fatos, em uma só demanda, à semelhança da disciplina da *claim preclusion* do sistema norte-americano. Trata-se de hipótese de ampliação do âmbito de aplicação da coisa julgada afeita ao ideal de segurança jurídica e, ao mesmo tempo, capaz de garantir maior efetividade e economia processual, sem as comprovadas desvantagens da coisa julgada sobre questões prejudiciais.<sup>111</sup>

O instituto da *issue preclusion* é extremamente complexo e levou décadas para ser estabelecido nos Estados Unidos. Para que essa regra seja aplicada de forma adequada no Brasil, ela exige complexas determinações e exceções que não são contempladas na proposta de lei brasileira. Ainda que o direito brasileiro quisesse se adequar a tais requisitos, tal nível de complexidade é desconhecido em nosso sistema e pode se mostrar incompatível com a atividade do juiz brasileiro. Ademais, sua adoção causaria mais controvérsia e mais litígio entre as partes do que economia processual, tudo isso para resolver problemas hipotéticos que são extremamente raros na prática.

Uma prova da complexidade que envolve a disciplina da coisa julgada sobre questões prejudiciais está na própria redação dos artigos que disciplinam o instituto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. O art. 491 desse projeto prevê que:

“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.”

Resta patente que a redação do art. 490, que pretende ampliar os limites objetivos da coisa julgada de forma a abranger as questões prejudiciais, é flagrantemente contraditória com a redação do referido art. 491, pois as questões prejudiciais são decididas na motivação, isto é, na fundamentação da sentença.<sup>112</sup> Portanto, se as questões prejudiciais ficarem revestidas de autoridade de coisa julgada, não se pode afirmar que “os motivos não fazem coisa julgada”.

Considerando que a coisa julgada sobre questões não gera economia processual, a sua única vantagem é a consistência das decisões judiciais. Todavia, como vimos, não somente são raros os casos em que a inconsistência entre decisões seria possível, como ainda mais rara ainda é a sua ocorrência na prática. Ademais, não somente as partes podem propor a ação declaratória incidental se necessário, como a probabilidade de que um segundo juiz decida de maneira diferente daquilo determinado em processo anterior é muito pequena. Nos raros casos em que uma decisão diferente seja justificada em processo posterior, talvez seja melhor permitir a disparidade entre decisões do que a manutenção do erro anterior, em nome de uma cega coerência judicial.

Em suma, a solução restritiva adotada atualmente no Brasil com relação aos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais é mais simples, econômica e efetiva, e deve ser mantida. Não nos parece ser boa política legislativa adotar regras complexas, de efetividade duvidosa, para resolver problemas inexistentes.

Poder-se-ia contradizer as nossas conclusões com o argumento de que a coisa julgada sobre questões promoveria a segurança jurídica.<sup>113</sup> É certo que o instituto da coisa julgada é corolário direto do princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito,<sup>114</sup> mas o argumento não nos convence. Em primeiro lugar, o princípio da segurança jurídica não é absoluto, devendo ser harmonizado com outros princípios igualmente relevantes.<sup>115</sup> Em face de tudo o quanto exposto, percebe-se que a necessidade de segurança, nos raros casos em que a coisa julgada sobre questão seria aplicável, não justifica as dificuldades práticas e o custo de tempo, dinheiro e energia para sua implementação. Ademais, discorda-se que a coisa julgada sobre questões venha a gerar maior segurança jurídica. Muito pelo contrário, ela vai gerar ainda mais insegurança para as partes e para a sociedade, em face das dificuldades acima mencionadas para a determinação das questões acobertadas pela coisa julgada.

Essa é a conclusão a que se chega quando analisamos a complexidade do instituto na prática norte-americana. Não se ignora que a coisa julgada sobre as questões prejudiciais é adotada em outros países de tradição *common law*, como, por exemplo, na Inglaterra e mesmo em alguns países de *civil law*, sistemas que aqui não são estudados.<sup>116</sup> Contudo, ainda com dados incompletos, reafirma-se a conclusão de que a alteração nos limites objetivos da coisa julgada, tal como proposta pelo Projeto de novo Código de Processo Civil (PL 166/2010), sopesados todos os fatores, não será vantajosa.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. *Revista de Processo*. vol. 132. p. 75. São Paulo: Ed. RT, fev. 2006.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (second) of judgments*. St. Paul: American Law Institute, 1982. vol. 1 e 2.
- ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- ASSIS, Araken de. Declaração autônoma e incidente no processo civil. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*. n. 30. p. 666. Curitiba: Genesis, out.-dez. 2003.
- AURELIANO DE GUSMÃO, Manoel. *Coisa julgada – No cível, no crime e no direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1922.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. vol. 16. p. 14. Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Estado, 1967.
- BUCKLEY, Colin Hugh. Issue preclusion and issues of law: a doctrinal framework based on rules of recognition, jurisdiction and legal history. *Houston Law Review*. vol. 24. p. 908. Houston, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARLISLE, Jay. Getting a full bite at the Apple: when should the doctrine of issue preclusion make an administrative or arbitral determination binding in a court of law? *Fordham Law Review*. vol. 55. p. 66. New York, 1987.

- CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.– As relações processuais: a relação processual ordinária de cognição*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 4.
- DESHA LUCAS, Jo. The direct and collateral estoppel effects of alternative holdings. *University of Chicago Law Review*. vol. 50. p. 701. Chicago, 1983.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ERICHSON, Howard M. Interjurisdictional preclusion. *Michigan Law Review*. vol. 96. p. 950-952. Ann Arbor, 1998.
- ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada – Fundamentos jurídicos e extensão a terceiros*. Rio de Janeiro: 1936.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FLANAGAN, James. Offensive collateral estoppel: inefficiency and foolish consistency. *Arizona State Law Journal*, 1982.
- FREER, Richard. *Introduction to civil procedure*. Nova York: Aspen, 2006.
- FREITAS, José Lebre; PINTO, Rui; REDINHA, João. *Código de Processo Civil – Anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. 1.
- FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed. Nova York: Thomson West, 2005.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Class actions and preclusion*, no prelo.
- \_\_\_\_\_; MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu. *Schlesinger's Comparative Law: cases – texts – materials*. 7. ed. Nova York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009.
- GREEN, Michael. The inability of offensive collateral estoppel to fulfill its promise: an examination of estoppel in asbestos litigation. *Iowa Law Review*. n. 70. p. 200. Iowa City, 1984-1985.
- HAZARD JR., Geoffrey C. Preclusion as to issues of law: the legal system's interest. *Iowa Law Review*. vol. 70. p. 81. Iowa City, 1984-1985.
- HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 5. ed. Nova York: Foundation Press, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1.
- MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's comparative law: cases – texts – materials*. 7. ed. Nova York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009.
- MCGOVERN, Francis. The cycle of mass tort litigation. *Yale Law School Program in Civil Liability*. Working Paper n. 122, 1990.
- \_\_\_\_\_. Resolving mature mass tort litigation. *Yale Law School Program in Civil Liability*. Working Paper n. 78, 1986.
- \_\_\_\_\_. Resolving mature mass tort litigation. *Boston University Law Review*. vol. 69. p. 659, 1989.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgment as *res judicata* in Continental and Anglo-American law. *Michigan Law Review*. vol. 39. p. 8. Ann Arbor, nov. 1940.
- MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atica, 1968.
- NESIN, Seth. The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle. *New York University Law Review*. n. 3. vol. 76. p. 874. New York, jun. 2001.
- NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 1970.
- Note: Developments in the law – Res judicata. *Harvard Law Review*. vol. 65. p. 862. Cambridge, 1952.
- Note: Exposing the extortion gap: an economic analysis of the rules of collateral estoppels. *Harvard Law Review*. vol. 105. p. 1951 e 1960. Cambridge, 1991-1992.
- Note: A probabilistic analysis of the doctrine of mutuality of collateral estoppel. *Michigan Law Review*. vol. 72. p. 661-662. Ann Arbor, 1978.
- PIELEMIEIER, James. Due process limitations on the application of collateral estoppel against nonparties to prior litigation. *Boston University Law Review*. vol. 63. p. 440. Boston, 1983.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 6.
- \_\_\_\_\_. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*, no prelo.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista MPMG Jurídico*. vol. 18. p. 8. Belo Horizonte: Ceaf, out.-nov.-dez. 2009.
- SANTAYANA, George. *The life of reason*. London Constable, 1906. Disponível em: [www.archive.org/stream/thelifeofreaso00santuoft#page/284/mode/2up].
- SHAPIRO, David L. *Civil procedure – Preclusion in civil actions*. Nova York: Foundation Press, 2001.
- TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil procedure*. Nova York: Foundation Press, 1994.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- \_\_\_\_\_; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

1 ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada – Fundamentos jurídicos e extensão a terceiros*. Rio de Janeiro, 1936. p. 39 e 137-146. A teoria da "presunção da verdade foi elaborada por Friederich Karl Savigny no século XIX e consistia na conceituação da coisa julgada como ficção da verdade, mercê da qual a sentença passada em julgado fica garantida contra qualquer tentativa futura de impugnação ou de invalidação" (NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 1970. p. 107-108).

- 2 ESTELLITA, Guilherme. Op. cit., p. 39 e 137-146; AURELIANO DE GUSMÃO, Manoel. *Coisa julgada – No cível, no crime e no direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1922. p.70-72. V. ainda ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 31-34.
- 3 Veja-se, por exemplo, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara* 16/14 e ARRUDA ALVIM, Thereza. Op. cit.
- 4 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59.
- 5 Para aprofundamento, veja-se: TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 142-155.
- 6 O art. 300 do Projeto Carnelutti de Código de Processo Civil Italiano dispunha que "La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite, ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione, la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza".
- 7 Vide, a propósito: PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 6, p. 193; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 4, p. 321; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais... cit., p. 97.
- 8 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 92.
- 9 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil – As relações processuais: a relação processual ordinária de cognição*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1, p. 412-413; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Com notas de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 62.
- 10 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., p. 60.
- 11 SANTAYANA, George. *The life of reason*. London Constable, 1906. p. 284. Disponível em: [www.archive.org/stream/thelifeofreasono00santuoft#page/284/mode/2up].
- 12 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais... cit., p. 226-227; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., p. 57-58.
- 13 MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law: cases – texts – materials*. 7. ed. Nova York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009. p. 820.
- 14 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais... cit., p. 228.
- 15 À exceção, como já visto, de ARRUDA ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 78 e 98.
- 16 MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atica, 1968. p. 117.
- 17 Cândido Rangel Dinamarco já defendia o ativismo judicial na obra *A instrumentalidade do Processo* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 271 e ss.). V. ainda MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 1, p. 425. Contra o ativismo judicial, se situa a doutrina garantista. V., por todos, no Brasil, RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *Revista MPMG Jurídico* 18/8. Entre os maiores expoentes internacionais do garantismo, estão o argentino Adolfo Alvarado Velloso, o italiano Franco Cipriani e o espanhol Juan Montero Aroca. O debate entre garantismo e ativismo não pode mais ser ignorado no Brasil, depois da publicação do artigo pioneiro de Glauco Gumerato Ramos. Este trabalho não adota nem uma nem outra posição ideológica, pois o nosso objetivo é de caráter essencialmente pragmático.
- 18 Vide PRATES, Marília Zanella. A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos, no prelo.
- 19 Concepção também criticada atualmente. Ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 94.
- 20 CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 375.
- 21 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais... cit., p. 230.
- 22 ASSIS, Araken de. Declaração autônoma e incidente no processo civil. *Revista Gênese de Direito Processual Civil* 30/688.
- 23 Outros autores brasileiros já estudaram o tema da *issue preclusion*, veja-se, por exemplo, ALVIM, Artur da Fonseca. *Coisa julgada nos Estados Unidos*, RePro 132/75 (DTR\2006\169); PORTO, Sérgio. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- 24 Tal instituto era originalmente conhecido como *collateral estoppel*, termo que ainda é utilizado em alguns estados. (HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR, Fleming; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 5. ed. Nova York: Foundation Press, 2001. p. 703; SHAPIRO, David L. *Civil Procedure – Preclusion in civil actions*. Nova York: Foundation Press, 2001. p. 10-11).
- 25 A *claim preclusion* é instituto do direito processual civil norte-americano similar à nossa coisa julgada material, mas com limites objetivos bem mais amplos. Tal instituto era originalmente conhecido como *res judicata*. Vide PRATES, Marília Zanella. Op. cit., e GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 229-230.
- 26 MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgment as *res judicata* in Continental and Anglo-American law. *Michigan Law Review* 39/8; CARLISLE, Jay. Getting a full bite at the Apple: when should the doctrine of issue preclusion make an administrative or arbitral determination binding in a court of law? *Fordham Law Review* 55/66; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed. Nova York: Thomson West, 2005. p. 650.
- 27 V. art. 935 do CC/2002 "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". Sobre o assunto, v. GIDI, Antonio, *Class actions in Brazil - A model for civil law countries*. *American Journal of Comparative Law* 51/385, 2003, nota 233.
- 28 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001. p. 113.

29 NESIN, Seth. The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle. *New York University Law Review*, vol. 76, n. 3, p. 874; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 695; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. Op. cit., p. 113.

30 FLANAGAN, James. Offensive collateral estoppel: inefficiency and foolish consistency. *Arizona State Law Journal*, 1982. p. 54.

31 AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (second) of judgments*. St. Paul: American Law Institute, 1982. vol. 1, p. 250, § 27; FLANAGAN, James. Op. cit., p. 51. Sobre a *claim preclusion*, na doutrina brasileira, vide PRATES, Marília Zanella, Op. cit. e GIDI, Antonio. *Coisa julgada...* cit., p. 229-230.

32 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 27, p. 250; GIDI, Antonio. *Class actions and preclusion*, no prelo.

33 GREEN, Michael. The inability of offensive collateral estoppel to fulfill its promise: an examination of estoppel in asbestos litigation. *Iowa Law Review* 70/200.

34 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 as regras 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*. Trata-se do principal paradigma no tema. O Professor Hazard posteriormente foi relator, ao lado de Michele Taruffo, Rolf Stürmer e Antonio Gidi, dos *Principles of Transnational Civil Procedure*, um projeto realizado pelo ALI e por Unidroit.

35 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., p. 252. No mesmo sentido: BUCKLEY, Colin Hugh. Issue preclusion and issues of law: a doctrinal framework based on rules of recognition, jurisdiction and legal history. *Houston Law Review* 24/908; GREEN, Michael. Op. cit., p. 188.

36 FREER, Richard. *Introduction to civil procedure*. Nova York: Aspen Publishers, 2006. p. 534; AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., p. 257-258.

37 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. Op. cit., p. 128.

38 HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 708; FREER, Richard. *Introduction to civil procedure*. Nova York: Aspen, 2006. p. 539; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. Op. cit., p. 128; SHAPIRO, David L. Op. cit., p. 50; TEPLY, Larry L.; WHITTEN, Ralph U. *Civil procedure*. Nova York: Foundation Press, 1994. p. 896-897.

39 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 28, p. 283; GIDI, Antonio. *Coisa julgada...* cit., p. 233.

40 GREEN, Michael. Op. cit., p. 200-201; FLANAGAN, James. Op. cit., p. 56.

41 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 27, p. 252.

42 FREER, Richard. Op. cit., p. 538.

43 FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 700.

44 FLANAGAN, James. Op. cit., p. 56. O caso das ações envolvendo indenização por doenças causadas por amianto e a aplicação da *issue preclusion* é estudado com profundidade por Michael Green, que demonstra que tais ações envolvem questões fáticas tão diversas a ponto de não justificarem a sua aplicação (GREEN, Michael. Op. cit., p. 197-198). Todavia, tomamos posicionamento diverso na seção 7.

45 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 27, p. 255.

46 Em nosso sistema, a controvérsia é, na verdade, parte integrante do próprio conceito de *questão*, do contrário tem-se apenas um *ponto*. Todavia, o direito positivo brasileiro não exige que a questão seja efetivamente litigada entre as partes. Veja-se: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., p. 30 e ss.; ARRUDA ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 27-29.

47 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., p. 257; HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 706.

48 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 27, p. 256.

49 GREEN, Michael. Op. cit., p. 200-201; FLANAGAN, James. Op. cit., p. 56. No mesmo sentido: MENDES, João de Castro. Op. cit., p. 129.

50 MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. Op. cit., p. 556.

51 MILLAR, Robert Wyness. Op. cit., p.1-2.

52 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 27, p. 258.

53 HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR, Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 708-710; SHAPIRO, David L. Op. cit., p. 50-52; CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. Op. cit., p. 127-129. Na jurisprudência, o paradigma é *Cambria vs. Jeffery*, 307 Mass. 49, 29 N.E 2d 555 (1940).

54 DESHA LUCAS, Jo. The direct and collateral estoppel effects of alternative holdings. *University of Chicago Law Review* 50/714.

55 AMERICAN LAW INSTITUTEN. Op. cit., § 28.

- 56 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 28, p. 283; GIDI, Antonio. *Coisa julgada...* cit., p. 233.
- 57 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 28, p. 273.
- 58 Nesse sentido: GREEN, Michael. Op. cit., p. 200-201; FLANAGAN, James. Op. cit., p. 56.
- 59 "Pretensão" ou "ação". Sobre o conceito de *claim*, ver PRATES, Marília Zanella. Op. cit.
- 60 Sobre as vantagens da inaplicabilidade da *issue preclusion* a órgãos governamentais com relação a questões de direito, ver: HAZARD JR., Geoffrey C. Preclusion as to issues of law: the legal system's interest. *Iowa Law Review* 70 /81.
- 61 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 28, p. 282.
- 62 Idem, ibidem.
- 63 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. Op. cit., p. 130.
- 64 HAZARD JR, Geoffrey C. Op. cit., p. 81.
- 65 HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 705.
- 66 FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4. ed. Nova York: Thomson West, 2005. p. 651.
- 67 FLANAGAN, James. Op. cit., p. 56-57.
- 68 GREEN, Michael. Op. cit., p. 141. Mais especificamente, o autor se referia à aplicação da *issue preclusion* a terceiros no caso das ações visando indenização pelos danos à saúde causados pela exposição ao amianto ( *asbestos*). Sobre esse assunto, vide Seção 7.
- 69 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., p. 250. Sobre a *claim preclusion* norte-americana, ver PRATES, Marília Zanella. Op. cit. e GIDI, Antonio. *Coisa julgada ...* cit., p. 229-230.
- 70 Note: Developments in the law – Res judicata. *Harvard Law Review* 65/862; HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 716; FREER, Richard. Op. cit., p. 546; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 724.
- 71 GIDI, Antonio. *Class actions and preclusion...* cit.
- 72 Idem. O autor cita alguns autores que criticavam a regra da *mutuality*, porque irracional e baseada em "improvável princípio de justiça natural".
- 73 *Bernhard vs. Bank of America*, 19 Cal. 2d 807 (1942).
- 74 HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 716; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 724.
- 75 *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. vs. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313 (1971); HAZARD, Geoffrey C.; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORF, John. Op. cit., p. 717.
- 76 FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 725.
- 77 Idem, ibidem.
- 78 GIDI, Antonio. *Class actions and preclusion...* cit.
- 79 *Parklane Hosiery Co., Inc. vs. Shore*, 439 U.S. 322, 329-30 (1979).
- 80 GIDI, Antonio. *Class actions and preclusion...* cit.
- 81 FREER, Richard. Op. cit., p. 571-572.
- 82 Assim estabelece o *Restatement (second)* no *caput* do § 29: "A party precluded from relitigating an issue with an opposing party (...) is also precluded from doing so with another person unless he 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." (AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 28, p. 291).
- 83 AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. cit., § 29.
- 84 GIDI, Antonio. *Class actions and preclusion...* cit.
- 85 Note: A probabilistic analysis of the doctrine of mutuality of collateral estoppel. *Michigan Law Review* 72/661-662; GREEN, Michael. Op. cit., p. 183.
- 86 FLANAGAN, James. Op. cit., p. 54; Note: Exposing the extortion gap: an economic analysis of the rules of collateral estoppel. *Harvard Law Review* 105/1951 e 1960; ERICHSON, Howard M. Interjurisdictional preclusion. *Michigan Law Review* 96/950-952.
- 87 FLANAGAN, James. Op. cit., p. 56-57; GREEN, Michael. Op. cit., p. 186 e ss.
- 88 Uma defesa comumente alegada pelos réus produtores de amianto era que o câncer do autor havia sido causado pelo uso de cigarros. Naturalmente, em um processo contra as empresas de cigarro, os réus dirão que o câncer dessa mesma pessoa teria sido causado pela exposição ao amianto.
- 89 FLANAGAN, James. Op. cit.; GREEN, Michael. Op. cit.
- 90 Sobre os conflitos coletivos maduros e imaturos, v. MCGOVERN, Francis. Resolving mature mass tort litigation, *Yale Law School Program in Civil Liability*, Working Paper n. 78, 1986; idem, Resolving Mature Mass Tort Litigation, *Boston University Law Review*. vol. 69, p. 659, 1989; idem, The cycle of mass tort litigation, *Yale Law School Program in Civil Liability*, Working Paper n. 122, 1990.

- 91 A *claim preclusion* é outro aspecto dos limites objetivos da coisa julgada no direito norte-americano, mas que não será objeto do presente estudo. Através desse instituto, a coisa julgada atinge os pedidos que não foram, mas deveriam ter sido feitos pelo autor em sua petição inicial ou pelo réu em reconvenção, por derivarem das mesmas circunstâncias fáticas dos pedidos que foram feitos. Vide PRATES, Marília Zanella. Op. cit., e GIDI, Antonio. *Coisa julgada...* cit., p. 229-230.
- 92 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., p. 64.
- 93 Idem, p. 58.
- 94 CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 121-143 e 369-413.
- 95 CARLISLE, Jay. Op. cit., p. 66; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. Op. cit., p. 650.
- 96 Ver, por todos, CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. Op. cit., p. 113.
- 97 MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. Op. cit., p. 821. Vejam-se também os seguintes julgados do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: n. do processo: 05B602, n. convencional: JSTJ000, n. do documento: SJ200505050006027, rel. Araújo Barros, j. 05.05.2005. Ementa: "Nos limites objetivos do caso julgado material incluem-se todas as questões e exceções suscitadas e solucionadas, ainda que implicitamente, na sentença, que funcionam como pressupostos necessários e fundamentadores da decisão final"; n. do processo: 97B006, n. convencional: JSTJ00032291, n. do documento: SJ199707100000062, rel. Nascimento Costa, j. 10.07.1997. Ementa: "Os pressupostos da decisão, cobertos pelo caso julgado, obstam a que em outro processo se venha a decidir em sentido oposto"; n. do processo: 05A2008, n. convencional: JSTJ000, n. do documento: SJ200507050020081, rel. Lopes Pinto, j. 05.07.2005. Ementa: "O caso julgado forma-se não só sobre a decisão, estende a sua força e autoridade aos fundamentos lógico-jurídicos a ela indispensáveis."; n. processo 03B3992, n. convencional: JSTJ000, n. do documento SJ200401150039922, j. 15.01.2004, rel. Luís Fonseca. Ementa: "São abrangidas pelo caso julgado as questões apreciadas que constituem antecedente lógico da parte dispositiva da sentença". Todos os acórdãos disponíveis em: [www.stj.pt]. Acesso em: 27.04.2010. Vide também: FREITAS, José Lebre; PINTO, Rui; REDINHA, João. Código de Processo Civil – *Anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. 1, p. 350-352.
- 98 MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. Op. cit., p. 821.
- 99 ARRUDA ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 78.
- 100 Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 28. Disponível em [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf].
- 101 PIELEMEIER, James. Due process limitations on the application of collateral estoppel against nonparties to prior litigation. *Boston University Law Review* 63/440 (o autor se referia apenas ao *offensive non-mutual issue preclusion*, mas a sua crítica é igualmente aplicável aqui).
- 102 Vide relatório final do Senador Valter Pereira. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85510&tp=1]. Acesso em: 05.01.2011.
- 103 No Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado os arts. 472 e 474 tinham a seguinte redação:  
"Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor.  
(...)  
Art. 474. É vedado ao juiz proferir sentença de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."  
Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. No Projeto Substitutivo aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010, tais artigos foram reenumerados para 477 e 479, respectivamente, sofrendo alterações não significativas para os fins deste trabalho. Projeto substitutivo disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496&tp=1].
- 104 ARRUDA ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 67-85.
- 105 Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85510&tp=1]. Acesso em: 05.01.2011.
- 106 STJ, REsp 20.393/SP, 3.ª T., j. 27.04.1993, rel. Min. Nilson Naves, DJ 31.05.1993. p. 10660.
- 107 GREEN, Michael. Op. cit., p. 188 e ss.
- 108 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais... cit., p. 230-231.
- 109 Ampla análise sobre o movimento de relativização da coisa julgada é feita por TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 215-260. Veja-se também: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Ed. RT, 2003, passim.
- 110 Sobre a relação entre a coisa julgada restritiva e a ampla *discovery*, vide MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. Op. cit., p. 822.
- 111 Vide PRATES, Marília Zanella. Op. cit.
- 112 Veja-se, a propósito: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., p. 52.
- 113 Apesar de o Projeto de Novo Código de Processo Civil ter demonstrado grande preocupação com a segurança jurídica e a uniformidade das decisões (vide Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 17-22), a justificativa à proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada foi feita com base apenas na necessidade de economia processual (vide Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 14 e 28). Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf].
- 114 Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 249-259; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 22; MÊNDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 457.
- 115 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 22, 60, 71 e 175.

116 Para uma mais pormenorizada análise do direito comparado, vide PRATES, Marília Zanella. Op. cit., e MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. Op. cit., p. 820-821.