



## COISA JULGADA SOBRE FATOS? ANÁLISE COMPARATIVA COM O COLLATERAL ESTOPPEL DE SUA POSSIBILIDADE DE LEGE LATA OU DE LEGE FERENDA

Res judicata on fact? A comparative analysis of collateral estoppel and its possibility of  
lege lata or de lege ferenda

Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 355 - 412 | Out / 2016  
DTR\2016\23999

Lucas Buril de Macêdo

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutorando em  
Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Membro da Associação Norte Nordeste de  
Professores de Processo – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual –  
IBDP. Professor de Direito Processual. Advogado. lucasburilmb@gmail.com

Área do Direito: Processual

Resumo: Os estudos sobre a coisa julgada são numerosos, embora não se possa afirmar  
que tratam o tema com uniformidade. No entanto, um dos aspectos que não é muito  
versado em doutrina é justamente a sua possibilidade de incidir sobre questões fáticas,  
seja de lege lata ou de lege ferenda. Neste trabalho, a coisa julgada sobre fatos é  
analisada, com base nas premissas expostas da definição de questão fática e coisa  
julgada. A pesquisa avalia também a experiência norte-americana como o collateral  
estoppel, em estudo comparativo, para ponderar a possibilidade da coisa julgada sobre  
fato.

Palavras-chave: Coisa julgada - Questões fáticas - Collateral estoppel.

Abstract: Studies on res judicata are numerous, although they cannot claim to treat the  
subject with uniformity. However, one aspect that is not well versed in doctrine is  
precisely its ability to focus on factual issues, whether de lege lata or de lege ferenda. In  
this work, the res judicata on facts is analyzed based on exposed premises of the  
definition of factual issue and res judicata. The research also evaluates the USA  
experience with collateral estoppel, in a comparative study, in order to evaluate the  
possibility of res judicata on issues of fact.

Keywords: Res judicata - Factual issues - Collateral estoppel.

Sumário:

1Introdução - 2Questões de fato - 3Noção de coisa julgada e seus limites objetivos –  
inclusão das questões prejudiciais - 4Collateral Estoppel - 5Coisa julgada sobre questão  
de fato - 6Conclusões - 7Referências

### 1 Introdução

<sup>1</sup>A coisa julgada é um instituto que deita raízes históricas no direito romano, decorrente  
da opção política que cada ordenamento faz diante do conflito entre a necessidade de  
segurança jurídica e o contraposto ideal de persecução de justiça.<sup>2</sup> Nada obstante sua  
antiguidade, pode-se dizer que ainda é objeto de intensos debates doutrinários, sendo  
tema de direito processual tão clássico quanto problemático – na verdade, ainda e  
sempre, a coisa julgada tem sido a protagonista em relevantíssimas discussões travadas  
na processualística, suscitando teses e antíteses mais variadas.<sup>3</sup>

Adentrando na temática da res judicata, são vários os focos de contenda dogmática:  
especialmente, servem de móvel à contraposição de ideias seus limites subjetivos, seus  
limites objetivos e a sua eficácia preclusiva. Nesta pesquisa, tem especial importância os  
seus limites objetivos, tema que foi alvo de importantíssimos estudos, debates já  
clássicos na doutrina brasileira, mas será analisada uma questão que normalmente é  
tida como pouco problemática: a sua capacidade de tornar imutáveis as questões fáticas



resolvidas.

Como se sabe, doutrina e jurisprudência são pouco interessadas neste tema, anuindo que a incidência da coisa julgada não se dá sobre a verdade dos fatos.<sup>4</sup> Trata-se de uma lição já clássica: "Objeto da sentença declaratória não pode constitui-lo um simples fato, ainda que juridicamente relevante".<sup>5</sup> Não é diferente sua calmaria no direito positivo brasileiro: foi esta a dicção do art. 469, II, do CPC/1973 (LGL\1973\5), revogado, e é exatamente isto que dispõe o art. 504, II, do CPC/2015 (LGL\2015\1656).<sup>6</sup>

No entanto, o contexto social atual, bastante diverso daquele no qual as ideias dominantes sobre coisa julgada foram lançadas, revela problemas decorrentes da massificação dos litígios que podem tornar útil uma concepção de coisa julgada capaz de fazê-la avançar também sobre o juízo fático. Pense-se, e.g., nos danos ensejados por uma atuação de uma corporação perante milhares de pessoas ou nos danos ambientais de larga escala ou, ainda, no prejuízo decorrente da manipulação fraudulenta de informações perante acionistas. Nessas e outras hipóteses, embora certamente pouco corriqueiras, há grande utilidade na coisa julgada sobre fatos e, some-se a isto, é previsão que detém aptidão para enfrentar situações indesejáveis para o ordenamento processual, nomeadamente a quebra de isonomia decorrente de decisões divergentes sobre os mesmos fatos e a falta de segurança e consistência nos provimentos jurisdicionais.<sup>7</sup>

Essa questão, inclusive, ganha vitalidade com a chegada do Código de Processo Civil de 2015, impulsionando a processualística a investigar se, à luz dos novos textos normativos, seria possível a construção de uma norma que impute a força de coisa julgada às questões fáticas já solucionadas.

Assim sendo, a presente pesquisa volta-se à análise da possibilidade de coisa julgada sobre fato, seja de lege lata ou de lege ferenda. Para isso, o estudo propõe o esclarecimento, ainda que breve, do que são as questões de fato e do que se entende por limites objetivos da coisa julgada, para, após um estudo comparado acerca do collateral estoppel, passar a analisar a previsão da coisa julgada sobre fatos no atual ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de interpretação extensiva do § 1.º do art. 503 do CPC (LGL\2015\1656) para implementá-la de modo mais efetivo e, finalmente, a existência de institutos processuais com funções análogas.

## 2 Questões de fato

Para que se compreenda acertadamente a proposta deste trabalho, é fundamental entender, antes de simplesmente abordarmos a coisa julgada sobre fatos, o que efetivamente reputa-se uma questão fática, em relativa contraposição às questões de direito.

Antes da proposição compreensiva do que efetivamente é uma questão de fato, é preciso destacar que a diferenciação entre questões de fato e questões de direito não é ontológica, ou seja, não pode ser feita a partir de elementos que possibilitam uma cisão qualitativa absoluta entre ambas.<sup>8</sup> Realmente, o direito trabalha com fatos avaliados à luz de normas jurídicas, interpretando e selecionando-os a partir de critérios jurídicos; e as normas, por sua vez, não podem ser entendidas como algo que escapa à realidade ou detentoras de uma dignidade ímpar capaz de as inserir em uma realidade alternativa à fática, o que seria uma abstração sem sentido. Na verdade, as normas jurídicas são fatos e apenas são funcionais à luz dos fatos; ou seja, as normas não fazem sentido quando cindidas da compreensão fática.<sup>9</sup>

Isso, todavia, não frustra a divisão entre questões de fato e questões de direito e não implica na impossibilidade de trabalhar com uma tal conceituação que se proponha a ser problemático-argumentativa.<sup>10</sup> É possível, portanto, um vocabulário que pretenda separar certos tipos de debates jurídicos, a partir de suas características próprias, com um objetivo didático-funcional, permitindo exaltar as diferenças a partir de uma necessidade técnica específica e de um vocabulário especializado.<sup>11</sup>



Nesses moldes, parece-nos adequada a distinção entre questões jurídicas e questões fáticas, não com uma pretensão normativista de separar elementos com qualidades essencialmente distintas, mas, sim, como modo de dividir duas formas de debate judiciário, um que se resolve preponderantemente a partir de argumentos de autoridade e sistêmicos e outro com preponderância dos argumentos probatórios.<sup>12</sup> É notável, inclusive, que o sistema processual pressupõe tal diferenciação para a organização normativa do debate judiciário, dispondo diversamente quanto a problemas específicos – como, por exemplo, quanto aos limites do princípio dispositivo.<sup>13</sup>

Superado esse problema inaugural, podemos passar a tratar da compreensão do conceito de questão de fato.

Compreender questão de fato pressupõe a definição de questão.<sup>14</sup> O termo é utilizado em sentido técnico-processual, significando matéria sobre a qual será necessária definição judicial, por haver controvérsia entre os litigantes. São questões, portanto, os temas que precisarão ser objeto de conhecimento do magistrado e acerca dos quais não há consenso entre as partes. Ou seja, para se ter uma questão, são pressupostos: (i) que se trate de matéria que precisará necessariamente ser resolvida para decidir, o que pode se dar por estar vinculada diretamente ao objeto da decisão ou a algum argumento relevante para esclarecer a causa petendi, uma exceção substancial ou, ainda, em tema processual; (ii) é fundamental que as partes tenham contraditado a matéria, gerando a necessidade de solução judicial – o que não se dá, por exemplo, nos argumentos fáticos admitidos.<sup>15</sup>

Questão de fato, portanto, tem como correspondência algum ponto da demanda no qual uma parte aponta um fato como existente e a outra como inexistente ou existente de modo relevantemente distinto, precisando o órgão-julgador solucionar a controvérsia.<sup>16</sup> As questões fáticas devem ser solucionadas à luz dos elementos probatórios aportados no processo e das regras pertinentes à convicção judicial, devendo ser definida a existência e modo de ser do fato de modo fundamentado. Apenas a partir de sua definição é que o juiz, tendo em mente os fatos considerados existentes, poderá classificá-los juridicamente, atribuindo-lhes os efeitos previstos pela norma.<sup>17</sup>

Outro dado importante é que a definição de determinada matéria como questão fática ou jurídica não pode ser feita a priori, mas é sempre relacional, isto é, depende do papel que a matéria desempenha no caso específico. Isso comprova de forma inequívoca a relatividade da divisão entre questão jurídica e questão fática, que só tem razão de ser para estruturar o debate judiciário. Exemplo esclarecedor é o da propriedade, que normalmente é uma questão jurídica – notadamente na ação de usucapião –, mas, na ação reivindicatória, ela exerce a função de *quaestio facti*, isto é, é um dos fatos pressuposto da pretensão à imissão na posse.<sup>18</sup> Realmente, a definição de uma questão como fática ou jurídica pressupõe uma problematização, todavia pode se afirmar, como parâmetro, que a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido.<sup>19</sup>

As questões fáticas serão sempre concretas, referindo-se a evento determinado, objetiva (o que houve?), subjetiva (com quem houve?) e temporalmente (quando houve?). Esta é a regra, todavia, há exceções: algumas vezes o fato a objeto de determinada prova não é definido, o que se dá especialmente nas provas técnicas – e.g., determinada substância é ou não prejudicial à saúde humana; o gás em questão tem potencial poluente ou não; o item de proteção tem ou não capacidade para servir à sua finalidade etc. Nesses casos, no entanto, o fato abstrato serve ao juízo sobre o fato concreto – respectivamente, há, portanto, ligação entre o fato visto de modo abstrato e uma atuação concreta, envolvendo o objeto da perícia.

Evidentemente que o esquema desenhado, diante da riqueza das problemáticas que a realidade é capaz de apresentar, revela-se por demais simples. Todavia, ainda assim,



é capaz de resolver problemas.<sup>20</sup>

A atividade probatória é relevante em qualquer processo, uma vez que nenhuma pretensão ou exceção pode encontrar acolhimento sem um suporte fático, que deve ser devidamente provado, a lhe sustentar.<sup>21</sup> Excepcionalmente, caso os elementos probatórios sejam insuficientes, a decisão deve basear-se no critério de solução com dúvida, qual seja, o onus probandi. A qualificação jurídica e a fixação dos efeitos jurídicos do fato são matérias que transbordam à questão fática.<sup>22</sup>

Não é impertinente sublinhar que a solução de questões fático-probatórias tem grande relevância para a adequada prestação do serviço essencial de distribuição de justiça, sendo, portanto, fundamental a previsão de mecanismos adequados para sua solução – tais como os poderes instrutórios do juiz,<sup>23</sup> a exibição de documentos<sup>24</sup> e a distribuição dinâmica do ônus da prova.<sup>25</sup> Com efeito, a justiça da decisão depende diretamente do acerto correto dos fatos, na medida em que não há como se falar em uma decisão correta quando se parte de uma premissa fática que não ocorreu ou se tem como inexistente um fato que efetivamente existiu; realmente, mesmo que haja a correta interpretação do direito, o equívoco quanto aos fatos não permite uma decisão justa, já que as normas pressupõem, para sua incidência, a ocorrência de determinado fato concreto por elas previsto abstratamente.<sup>26</sup>

As questões de fato são resolvidas mediante prova; a prova, portanto, é um argumento de certificação para que o juiz possa ter como verdadeira ou procedente determinada argumentação fática.<sup>27</sup> No sistema processual brasileiro, predomina o sistema do convencimento motivado, isto é, não há, em regra, prova com valor atribuído de modo prévio pela lei (tarifada) ou possibilidade de convencimento a partir de critérios morais, religiosos, carismáticos etc. (convencimento moral).<sup>28</sup> Assim sendo, para resolver uma *quaestio facti*, o magistrado deve valorar os elementos probatórios produzidos, em conformidade com o contexto probatório específico daquele processo, e fundamentar a resolução da questão, expondo seu raciocínio probatório de modo claro e preciso, com referências às provas produzidas que sustentam a sua conclusão e, também, apontando a razão que lhe levou a não atribuir o mesmo valor a outros elementos de prova que tenham sido trazidos pela parte sucumbente.<sup>29</sup>

A relação da prova com as questões fáticas não se limite apenas à funcionalidade daquelas de resolver estas; além de as questões fáticas estarem no fim da produção probatória, estão também no seu início: a produção probatória, em regra, apenas é admissível quando houver uma questão fática a ser resolvida.<sup>30</sup> Realmente, os fatos a serem objeto de prova devem ser fatos controversos (art. 374, II e III, do CPC (LGL\2015\1656), a contrario sensu); ou seja, deve haver controvérsia argumentativa quanto à ocorrência de determinado fato. Isso não ocorre, no entanto, com as provas documentais que devem ser produzidas na fase postulatória, especialmente as que devem ser juntadas à inicial (art. 434 do CPC (LGL\2015\1656)) e, ademais, é possível que o juiz admita ou determine a produção de provas mesmo quando não houver controvérsia (art. 345, IV, e 349, ambos do CPC (LGL\2015\1656)).

### 3 Noção de coisa julgada e seus limites objetivos – inclusão das questões prejudiciais

É certo que o conceito de coisa julgada é sobremaneira controverso, tendo sido objeto de importantes contribuições. Destacam-se as propostas compreensivas de Liebman, que teve o mérito de apontar que o equívoco da doutrina então reinante ao defender que a coisa julgada é um efeito da sentença, tendo então a definido como uma especial qualidade que recairia sobre seus efeitos;<sup>31</sup> e, em seguida, de Barbosa Moreira, que, após reconhecer o avanço científico da teoria liebmaniana, bem notou que a coisa julgada não recai sobre os efeitos da sentença, mas, sim, sobre o seu conteúdo, ou seja, recai sobre a “situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial”.<sup>32</sup>

Ainda no âmbito do debate brasileiro, merece destaque a ideia de que a coisa julgada é



a imutabilidade que recai sobre a norma jurídica concreta da sentença. Aliás, neste ponto, o celebre debate entre Ovídio Baptista da Silva e Barbosa Moreira deixou claro que a eficácia da sentença que é abrangida pela decisão judicial é a declaratória, isto é, tão somente a declaração, comum a qualquer decisão judicial, ao reconhecer a existência de relação jurídica, é que se torna efetivamente imutável.<sup>34</sup> Assim, a existência da relação jurídica declarada no dispositivo sentencial não poderá, posteriormente à incidência da coisa julgada, ser objeto de nova ação (efeito negativo da coisa julgada) ou controvertida incidentemente em um processo (efeito positivo da coisa julgada).<sup>35</sup>

Enfim, neste estudo, compreende-se a coisa julgada como o efeito decorrente de um fato jurídico, composto pelo trânsito em julgado de decisão de mérito, que torna imutável a decisão judicial, especificamente a norma jurídica concreta nela contida,<sup>36</sup> ou, noutros termos, a declaração de existência ou não existência de determinada relação jurídica.<sup>37</sup>

Seja como for, mais do que a própria compreensão da coisa julgada e a opção por um dentre os vários conceitos ofertados pela doutrina, definir os limites objetivos da coisa julgada é matéria de extrema relevância, pois, apenas a partir de sua precisa identificação é que se pode inferir o que realmente se encontra acobertado pela coisa julgada; portanto, é a partir deste conceito jurídico que se define o que é imutável.<sup>38</sup> Para a nossa pesquisa, por exemplo, o entendimento de que há coisa julgada sobre fato leva, inevitavelmente, a uma ampliação dos limites objetivos da res judicata, como reconhecidos na tradição.

E, tradicionalmente, compreende-se que a coisa julgada é abrangente do dispositivo da decisão, não tornando imutável a sua fundamentação.<sup>39</sup> Inclusive, nesse sentido é o que dispõe o art. 504, I, do CPC (LGL\2015\1656).<sup>40</sup> Parcela da doutrina, todavia, partindo da perplexidade perante o conteúdo muito abstrato do dispositivo e a necessidade de dar maior concreção ao que efetivamente é considerado imutável, passou a defender a tese de que a causa de pedir também é relevante para definir os exatos limites objetivos da coisa julgada, na exata medida em que é a partir da fundamentação, em correlação à causa petendi, que se compreende o alcance do dispositivo.<sup>41</sup> Este entendimento passou a ser largamente acolhido doutrinariamente.<sup>42</sup>

Assim sendo, a posição doutrinária majoritária imputa relevância à fundamentação para fixar o objeto da coisa julgada, mas não a faz, ela mesma – a fundamentação –, imutável. Em outras palavras, embora certamente a fundamentação guarde importância para a definição dos limites objetivos da coisa julgada, ela não está por eles abrangida.

A resolução de questões faz-se na fundamentação da decisão, e, portanto, em regra, não é apta a se tornar imutável em decorrência da incidência da coisa julgada. Não fazendo coisa julgada, então, é possível a solução da mesma questão de direito ou de fato de modo diferente em dois diversos processos.<sup>43</sup>

Esta é a regra geral acerca da coisa julgada, mas há uma previsão especial, inovação do Código de Processo Civil de 2015, na qual se forma coisa julgada também sobre questões constantes da fundamentação.<sup>44</sup> Retoma-se, com isso, antiga previsão normativa do Código de Processo Civil de 1939, que dispunha acerca da coisa julgada sobre questão – embora de modo muito inapropriado –,<sup>45</sup> e recepciona-se o instituto jurídico da *issue preclusion* ou *collateral estoppel* norte-americano.<sup>46</sup>

O art. 503, § 1.º, estabelece que, preenchidos os requisitos de cognição plena, contraditório efetivo e competência do juiz, há extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidente e expressamente resolvidas. É dizer, enquanto o Código de Processo Civil de 1973 previa a ação declaratória incidental, que levava o juiz a decidir questões prejudiciais que constariam tão somente da motivação, o Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a previsão da ação declaratória incidental<sup>47</sup> e ampliou os limites objetivos da coisa julgada que, desde que preenchidos certos requisitos, alcança



questões resolvidas na fundamentação.<sup>48</sup> Incidindo o art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656), então, excepcionalmente, um conteúdo da motivação da decisão faz coisa julgada.<sup>49</sup>

Dessa forma, diante da presença de uma questão prejudicial na fundamentação, resolvida de modo expresso, a partir de contraditório prévio e efetivo, em procedimento sem limitações probatórias ou cognitivas, e por juiz com competência para resolvê-la como principal, independentemente da vontade das partes ou do órgão julgador de que se forme coisa julgada ou de submeter a questão a tal regime, forma-se a coisa julgada. Ou seja, para a previsão normativa da coisa julgada sobre questões prejudiciais é irrelevante a vontade, basta o preenchimento do suporte fático que o efeito imutabilidade será produzido.

A proposta do dispositivo é trazer maior segurança jurídica, isonomia das partes e, especialmente, garantir a harmonia lógica entre julgamentos e reduzir a litigância acerca das mesmas questões já versadas, "alcançando o interesse público da economia processual".<sup>50</sup> O dispositivo, no entanto, gera alguma polêmica quanto a sua conveniência, levantando-se vozes tanto em sua defesa como, também, em repúdio da nova regra.<sup>51</sup>

O art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656) traz, a reboque, uma série de questionamentos, que precisam ser respondidos cuidadosamente para tornar sua aplicação segura e funcional. A título de exemplo, é preciso definir, novamente, qual o conceito de questão prejudicial? O que deve ser considerado como contraditório efetivo? As duas perguntas são essenciais para um desenvolvimento adequado do instituto, e não é possível dar uma resposta que seja definitiva.<sup>52</sup> Além das dúvidas relativas ao seu funcionamento, existem outras que decorrem de seu uso, como a estipulação de verbas sucumbenciais de acordo com a vitória ou derrota em questões prejudiciais, a possibilidade de recurso especificamente para a sua impugnação e a problemática questão da identificação de sua ocorrência para fins de propositura de ação rescisória, certamente cabível quando houver sua incidência.<sup>53</sup>

Muito embora as respostas às duas questões sejam, de fato, imprescindíveis para o funcionamento adequado do regime jurídico específico da coisa julgada sobre questões, elas transbordam aos limites deste trabalho. De todo modo, independentemente de como sejam respondidas, o referido dispositivo poderia servir também à extensão da coisa julgada para questões fáticas resolvidas na decisão, visto que elas também podem prejudicar a resolução do objeto do processo. Dessa forma, seria possível, em tese, defender que o art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656) passa a viabilizar a coisa julgada sobre fato. Assim, a coisa julgada sobre questões pode ser a porta de entrada para a ampliação da imutabilidade de questões fáticas resolvidas expressamente e após o contraditório efetivo.

Ao avaliarmos a inspiração desta norma, vemos que ela tem grandes semelhanças com a issue preclusion do direito norte-americano e, este instituto, conforme utilizado no sistema jurídico de origem, gera a imutabilidade de *quaestio facti*. Destarte, uma interpretação do novel regime da coisa julgada sobre questões que busque trazer fidelidade ao paradigma normativo recepcionado, levaria à coisa julgada sobre fatos. Cumpre, portanto, um tênue desvio de rota para que o *collateral estoppel* seja analisado, de modo a permitir uma avaliação mais aprofundada de tal proposta interpretativa.

#### 4 Collateral Estoppel

##### 4.1 Aspectos preliminares

A palavra *estoppel* tem origem latina, no termo *stuppa*, que, em vernáculo, equivale a "estopa". O emprego técnico da palavra não está completamente desvinculado do seu uso comum: para compreendê-lo, "deve-se visualizar uma pessoa sendo impedida de falar, como se em sua boca fosse colocada uma estopa, não permitindo que diga algo contrário ao que anteriormente afirmou ou negou".<sup>54</sup>



O instituto teve desenvolvimento inicial no direito inglês, mas avançou significativamente no direito estadunidense.<sup>55</sup> O uso do estoppel deu-se inicialmente no direito probatório (evidence law), no qual se utilizava de um procedimento para impedir fosse controvertida, posteriormente, a prova a ser utilizada – estoppel by record. Embora os matizes históricos não sejam claros, o estoppel by record ocorria mediante demanda dos interessados à Curia Regis para que constatassem a realização de determinado negócio, outorgando a eles o timbre real. Tais documentos passavam a ser considerados meios plenos de prova,<sup>56</sup> sendo inadmissíveis pleitos ou provas em sentido contrário. Iguamente ligados de modo íntimo ao direito probatório, garantindo “prova absoluta”, são o estoppel by deed, oriundo de atos solenes e bastante formais, e o estoppel by matter in pais, ensejado por transações imobiliárias praticadas perante o público e no mesmo lugar onde se encontrava o imóvel.<sup>57</sup>

Como se percebe, a origem do estoppel está ligada à boa-fé e à segurança jurídica, evitando-se que determinadas questões de fato viessem a ser controvertidas. O instituto tem como função a proteção da confiança legítima, tomando como juridicamente inadequados os atos contraditórios e tutelando a situação do sujeito que cria expectativas legítimas. Estoppel serve, justamente, ao impedimento de que o mesmo sujeito empreenda condutas contraditórias. Há, portanto, uma aproximação com a noção de proibição de comportamento contraditório, comumente expressa, entre nós, no brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*.<sup>58</sup>

Tais figuras receberam desenvolvimento, de modo que atualmente sua configuração é outra. Especialmente, o estoppel by record passou, por sua ligação à judicialização, a se tornar mais abrangente e, finalmente, a ser considerado um efeito decorrente da decisão judicial, precisamente.<sup>59</sup> Com isso, a ideia de estoppel é absorvida pela *res judicata*, que se desdobra em duas diferentes situações: a da *claim preclusion*, semelhante à coisa julgada como a conhecemos no direito brasileiro; e a da *issue preclusion*, que, hoje, é a nomenclatura mais adequada para o collateral estoppel.<sup>60</sup> Esta última, tem como caso paradigmático o precedente *Cromwell vs. County of Sac*, no qual o collateral estoppel foi concebido nos moldes como é perspectivado atualmente.<sup>61</sup>

Enfim, a figura inicial do estoppel, ligada à ideia de que as atuações dos sujeitos levam à “preclusão” de ações incompatíveis, passa a ser, assim como a coisa julgada, uma técnica jurídica muito mais voltada à proteção da jurisdição e a tornar seu exercício econômico<sup>62</sup> – o que, diante das semelhanças involvidáveis, finda por encartá-la como uma das manifestações da doutrina da *res judicata*.<sup>63</sup>

Todo o desenvolvimento da *issue preclusion*, como se percebe, deu-se judicialmente, ou seja, trata-se de *judge-made law*, e ainda hoje sua regulação encontra-se quase que inteiramente em precedentes obrigatórios.<sup>64</sup> Aliás, e justamente por isso, há certa variação em sua regulação de acordo com a jurisdição interna específica, ou seja, com a regulação dada à matéria por cada uma das Cortes norte-americanas.<sup>65</sup>

#### 4.2 Compreensão

O collateral estoppel torna indiscutível as questões resolvidas (*issue*), embora apenas algumas delas que preencham certos pressupostos. Isto é, partindo da divisão analítica que costumeiramente fazemos entre os elementos fundamentação e dispositivo da decisão, várias questões resolvidas na fundamentação, por conta da *issue preclusion* ou collateral estoppel, tornam-se imutáveis.<sup>66</sup>

A proposta da *issue preclusion* é impedir a litigância repetida acerca da mesma questão e tem fundamento na ideia de toda Corte é igualmente capaz de decidir qualquer matéria posta a julgamento.<sup>67</sup> Já a sua base normativa são os princípios da segurança jurídica, a impedir soluções diversas para as mesmas questões, e da eficiência, por não alocar os recursos dos tribunais na solução de questões já resolvidas.<sup>68 -69</sup>

Com efeito, a *issue preclusion* impede a reanálise de questões de fatos e de direito que



foram definidas como fundamento para decisão anterior.<sup>70</sup> A partir do collateral estoppel a eficácia da decisão pode influenciar um processo subsequente,<sup>71</sup> diferenciado no seu objeto daquele cuja sentença se quer fazer uso, de modo a barrar a litigância acerca de questão.<sup>72</sup>

A própria Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio do primeiro Justice Harlan, já se prestou a esclarecer o significado da issue preclusion, ao julgar o caso *S. Pac. R.R. vs. United States*, que foi decidido em 1897, nos seguintes termos:

The general principle announced in numerous cases is that a right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction, as a ground of recovery, cannot be disputed in a subsequent suit between the same parties or their privies; and even if the second suit is for a different cause of action, the right, question or fact once so determined must, as between the same parties or their privies, be taken as conclusively established, so long as the judgment in the first suit remains unmodified. This general rule is demanded by the very object for which civil courts have been established, which is to secure the peace and repose of society by the settlement of matters capable of judicial determination. Its enforcement is essential to the maintenance of social order; for, the aid of judicial tribunals would not be invoked for the vindication of rights of person and property, if, as between parties and their privies, conclusiveness did not attend the judgments of such tribunals in respect of all matters properly put in issue and actually determined by them.<sup>73</sup>

Assim sendo, a coisa julgada, como se viu, implica na impossibilidade de discutir, em processo futuro, o objeto de decisão de processo passado. Este impedimento se dá tanto para relitigação da questão de modo incidental como de modo principal.<sup>74</sup> Já a issue preclusion, como a própria nomenclatura indica, ocasiona a impossibilidade de relitigar quanto a uma questão (issue) que já foi, dentro de certos parâmetros, versada em processo anterior.<sup>75</sup>

Pode-se afirmar, com Michele Taruffo, que, ao passo que a coisa julgada "opera sulle successive liti relative alla stessa cause of action, il collateral estoppel trova applicazione soltanto quando il secondo processo riguarda una cause of action diversa".<sup>76</sup> A issue preclusion, portanto, torna imutável o reconhecimento de certa questão considerada essencial para a resolução da demanda, ou seja, matéria que constituiu necessary step para a resolução da matéria principal.<sup>77</sup>

A título de exemplo, imagine-se o caso em que houve uma colisão entre um automóvel e um ônibus, causando ferimentos ao motorista do ônibus e aos seus passageiros. O motorista do ônibus, então, demanda o motorista do carro, por negligência, só que este acaba vitorioso, em decisão que imputa a culpa ao próprio motorista. Considerando esta decisão, um passageiro do ônibus poderia demandar o seu motorista, defendendo a issue preclusion, o que impediria o réu de discutir a questão da culpa.<sup>78</sup>

Antes de prosseguirmos, cabe uma breve consideração: a doutrina brasileira tem uma aparente preferência pelo termo collateral estoppel, mas a denominação issue preclusion é a mais utilizada entres os juristas norte-americanos. Inclusive o Restatement Second of Judgments, datado de 1980, propôs o abandono do termo collateral estoppel em favor do uso da issue preclusion, por ser terminologia mais analítica e funcional, o que contribuiria para uma maior clareza no pensamento.<sup>79</sup> A proposta terminológica foi muito bem aceita nas Cortes federais, embora seja reportado que vários profissionais ainda resistem, utilizando os termos clássicos.<sup>80</sup>

#### 4.3 Requisitos para aplicação

Para o uso do collateral estoppel são bem definidos os requisitos: (i) identidade de questões entre a primeira e a segunda demanda; (ii) a questão no primeiro procedimento deve ter sido realmente litigada e expressamente decidida; (iii) deve ter havido full and fair opportunity for litigation no procedimento anterior; (iv) a resolução da questão precisa ser necessária para dar suporte ao julgamento final da demanda.<sup>81</sup>



Antes de qualquer coisa, é fundamental que, para a aplicação da issue preclusion, a questão resolvida no primeiro processo seja a mesma que suscitada no segundo. O juízo de conferência deste requisito é feito de modo pragmático, consoante a comparação das circunstâncias, inclusive processuais, da primeira causa com o que se apresenta na segunda causa.<sup>83</sup> Note-se que a decisão, na primeira demanda, deve ter sido expressa quanto à questão, não se podendo falar em uma espécie de efeito preclusivo, como se tem na claim preclusion.<sup>84</sup> Além da perspectiva substancial da identidade, ela também passa pela análise das condições processuais, isto é, para que se possa afirmar ser a mesma questão (same issue) no direito norte-americano é necessário também que as técnicas processuais disponíveis nos dois procedimentos sejam as mesmas e, acima de tudo, que os requisitos probatórios sejam idênticos.<sup>85</sup>

É preciso decisão final para que se gere a issue preclusion. Isso não significa que, para as questões decididas no transcorrer do processo, de fato, poderem gerar a issue preclusion, se exige que o mérito seja posteriormente decidido. Na verdade, é apenas necessário que a decisão acerca da issue seja final, podendo ter sido objeto de recurso por si só. Isso, em outra perspectiva, levou a entendimentos no sentido que há, nesse caso, um "relaxamento" deste requisito para a formação de issue preclusion, apontando sua existência mesmo nos casos em que não há final judgment.<sup>86</sup> Seja qual for a ótica adotada, o Restatement (Second)<sup>87</sup> pretendeu esclarecer que, para os propósitos da issue preclusion, julgamento final inclui qualquer julgamento anterior de uma questão que é reputado suficientemente firme para ser considerada detentor de efeito conclusivo.<sup>88</sup>

A decisão da questão, para a resolução da demanda, deve ser um passo necessário (necessary step), ou não há a incidência da issue preclusion.<sup>89</sup> Portanto, uma questão que foi resolvida, mas que não era estritamente necessária para que o órgão julgador alcançasse o resultado final não deve ser considerada preclusa ou imutável. A partir daí, é aduzido que a razão por detrás desse requisito é que uma resolução desse tipo teria natureza de mero obiter dictum, que não traria quaisquer estímulos a sua completa e adequada discussão.<sup>90</sup>

A issue preclusion pressupõe a participação do sujeito contra quem é levantada e, além disso, precisa ter sido analisada expressamente na decisão.<sup>91</sup> A Suprema Corte americana já esclareceu que é uma violação do due process que o julgamento seja vinculante a um litigante que nunca teve a oportunidade de ser ouvido,<sup>92</sup> pois, conforme assentado, está no núcleo do devido processo o requisito de ciência adequada da ação e substancial possibilidade de participação.<sup>93</sup> Isto permite concluir que, enquanto a claim preclusion cobre também as questões que poderiam ter sido decididas, mas não o foram, como pressupostos para a causa de pedir deduzida no primeiro juízo (eficácia preclusiva), o collateral estoppel torna preclusa apenas a questão efetivamente levantada e decidida no primeiro julgado. Conjuntamente com a ideia de efetivo contraditório, defende-se que a issue preclusion precisaria ser, no processo que a gerou, previsível; isto é, a parte precisa poder razoavelmente prever que haveria a preclusão, de modo a evitar surpresa.<sup>94</sup>

A esta regulação soma-se o Restatement Second of Judgments, de 1980, que definiu mais precisamente, no § 29, os pressupostos para aplicação do collateral estoppel, tendo como principal particularidade a possibilidade de afastar a imutabilidade da questão quando outras circunstâncias indicarem a necessidade de sua rediscussão. Trata-se, portanto, de um termo vago, o que outorga campo largo para a tomada de decisão.

Portanto, além de todos esses requisitos, a issue preclusion pode ser afastada no caso subsequente quando for melhor permitir que a questão seja relitigada. Basicamente, a descon sideração da issue preclusion se dá quando alguma razão substancial perpassa a proposta de economia processual e de impedir resultados contraditórios. São arrolados como situações que permitem o afastamento da coisa julgada sobre questão a



impossibilidade de recurso no primeiro julgamento, mudanças no contexto jurídico, injustiças, diferenças qualitativas nos procedimentos seguidos pelas respectivas cortes, diferenças no ônus da prova e falta de incentivo ou oportunidade para a obtenção de um completo e justo julgamento na ação inicial. De toda forma, a inaplicabilidade da issue preclusion deve ser avaliada de acordo com as circunstâncias do caso, pelo juiz do segundo processo, ponderando as razões para sua aplicação em contraposição às razões que impelem a um novo julgamento.<sup>95</sup>

#### 4.4 Limites subjetivos

Sobre os limites subjetivos do collateral estoppel, assim como na coisa julgada, a sua aplicação inicialmente submeteu-se à identidade de partes, identificada no requisito de mutuality no direito estadunidense. Inicialmente, o collateral estoppel estava limitado subjetivamente às partes do processo em que a questão fosse solucionada; aos demais casos, que não aquele versado no processo, deveria ser garantido o day in court aos litigantes.

Todavia, após muitas críticas doutrinárias e o declínio paulatino da regra da mutualidade,<sup>96</sup> em 1942, no caso paradigmático *Bernhard vs. Bank of America*, a Suprema Corte da Califórnia superou a regra, afastando o requisito da mutuality, permitindo que terceiro fizesse uso do estoppel em seu benefício. Em 1971, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir o caso *Blonder-Tongue Laboratories vs University of Illinois Foundation*, prolatou precedente paradigmático a nível federal, alinhando-se ao Estado da Califórnia, que estabeleceu a possibilidade de terceiro invocar a issue preclusion em seu favor.<sup>97</sup> Neste caso, a University of Illinois Foundation alegou a violação de sua patente, tendo o *Blonder-Tongue Laboratories* suscitado o resultado de outra demanda, em que a patente já havia sido reconhecida como inválida. Diante deste contexto, a Supreme Court, decidiu ser inadmissível a alegação de patente, pois já havia tido a justa oportunidade de debatê-la, em conformidade ao *due process of law*, em ação anterior.<sup>98</sup>

Com isso, passou-se a admitir o non-mutual collateral estoppel.

Quanto à operacionalização, houve, todavia, uma restrição inicial à invocação do estoppel, que apenas poderia ser suscitado como argumento de defesa. No entanto, alguns anos depois, em *Parklane Hosiery Co. vs. Shore*, 1978, o entendimento restritivo foi superado, passando-se a admitir também o uso da issue preclusion como fundamento de uma demanda, o que se chamou de *offensive issue preclusion*.<sup>99</sup> Isso significa que um sujeito pode utilizar da decisão de uma questão noutro processo como causa de pedir imutável para seu pleito, o que é uma vantagem considerável.<sup>100</sup>

Este posicionamento é, hoje, o vigente nas Cortes federais e encontra acolhida em muitas Cortes distritais. Essa possibilidade, no entanto, vem sendo alvo de várias considerações críticas, especialmente por conta da quebra de igualdade que provoca. Esse problema e suas consequências serão vistos mais adiante.

#### 4.5 Collateral estoppel e questões fáticas

No common law, não há preocupação com uma divisão analítica entre as questões de direito e as questões fáticas.<sup>101</sup> Essa atenuação da bipartição vigorante entre nós levou a uma aplicação despreocupada em obstar a formação do estoppel quanto a qualquer tipo de discussão. Uma vez debatida a matéria adequadamente e preenchidos os requisitos, independentemente de se tratar de uma relação jurídica ou de um fato, ela passa a ser considerada preclusa, impedindo sua rediscussão.

Aliás, mais do que isso, é interessante notar que, inicialmente, o estoppel by record, que posteriormente viria a ser concretizado como a issue preclusion, não conhecia a preclusão de questões jurídicas, mas apenas de matéria fática. A isto, atribui-se os seguintes fundamentos: (i) o common law não definia bem a diferenciação entre questões fáticas e questões jurídicas, pelo que as *causae petendi* seriam um sumário,



realmente misturado, de matéria jurídica e fática; (ii) alguns aspectos do procedimento previsto anteriormente ao século XIX impossibilitariam a preclusão da questão jurídica; (iii) a concepção demasiadamente rígida de stare decisis seria, naquele tempo, suficiente para levar ao impedimento de discussão de questões jurídicas já decididas.<sup>102</sup>

Enfim, a definição sobre os fatos em uma demanda gera, no processo estadunidense, a preclusão de sua litigância em demandas posteriores. Evidentemente que, tratando-se da issue preclusion, aplicam-se os seus requisitos e limites subjetivos normalmente.<sup>103</sup>

Não se aponta qualquer distinção epistemológica que leve à coisa julgada sobre fato no direito norte-americano, nem qualquer qualidade jurídico-dogmática diferenciada do direito probatório ou processual que justifique sua permissão. A possibilidade de erro fático, e sua compreensão, são nítidas lá como são também em nosso sistema. Simplesmente, o que justifica a imutabilidade é o fato de existir o dictum judicial acerca da matéria fática, gerada mediante participação.<sup>104</sup>

Sobre o estoppel de questões fáticas, tem particular relevância a possibilidade de os achados fáticos de um julgado criminal serem estendidos a uma ação civil, vedando a sua rediscussão. Sobre isso, é emblemático o precedente SEC vs. Monarch Funding, no qual houve especial preocupação com a inexistência de certos mecanismos presentes na ação civil que não estão no debate penal, bem como no incentivo ao debate de tais questões, que pode inexistir na seara criminal e, por outro lado, sua discussão pode ser fundamental no cível. Enfim, nesse julgamento ficou assentado que a extensão apenas seria possível quando o interessado demonstrar que for "claramente justo e eficiente fazê-la".<sup>105</sup>

#### 4.6 Collateral estoppel e o art. 503, § 1.º, do CPC/2015

A análise da issue preclusion permite concluir que, definitivamente, o art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656), ao estabelecer a coisa julgada sobre questões, tomou como modelo a servir de paradigma a issue preclusion do direito norte-americano. Realmente, os requisitos colocados na nova norma mostram que, ao menos de um ponto de vista funcional, há correspondência.<sup>106</sup> Há, portanto, grande semelhança entre o sistema norte-americano e o instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, o que permite afirmar que houve a recepção jurídica da issue preclusion.<sup>107</sup>

Realmente, enquanto o sistema processual anterior previa a ação declaratória incidental como medida para tornar acobertada pela coisa julgada temáticas que se limitariam à fundamentação – e, portanto, não se tornariam imutáveis –, o novo Código realizou mudança substancial, suprimindo a previsão da ação declaratória, e criando, em seu lugar, a coisa julgada sobre questão.<sup>108</sup> Enquanto o instituto anterior preocupava-se mais com a preservação do princípio dispositivo, o novo está voltado para o interesse público em resolver todo o máximo de questões possíveis com a menor quantidade de energia e custos possível.

Como todo transplante jurídico, no entanto, há diferenças.

Apenas a título exemplificativo, a ideia de necessary step, utilizada como requisito para a issue preclusion, corresponde, entre nós, à noção de questão prejudicial.<sup>109</sup> É certo que os dois conceitos não se equiparam, especialmente porque, enquanto no direito continental há uma preocupação analítico-conceitual de definir bem o significado da questão prejudicial – e, sobretudo, de diferenciá-las das questões preliminares –, no common law o uso é casuístico e nem sempre se aproxima da definição aqui utilizada.<sup>110</sup>

Além disso, o sistema processual brasileiro ditou expressamente que há a necessidade de um procedimento com ampla possibilidade probatória e sem cortes cognitivos (art. 503, § 2.º, do CPC (LGL\2015\1656)), criando um requisito ligeiramente diferente do previsto para a issue preclusion, no qual as possibilidades e nuances probatórias devem ser as mesmas – e, portanto, forma-se em casos nos quais ambos os procedimentos têm restrições probatórias ou limitações à cognição. Ou seja, no sistema processual



brasileiro, basta haver algum limite probatório no processo original que, independentemente das características do segundo processo, é cabível a objeção de cognição insuficiente.<sup>111</sup>

Enfim, essas são as diferenças notáveis, sendo natural que com o desenvolvimento judicial do instituto as características culturais tornem maiores as diferenças entre as duas figuras.<sup>112</sup>

Finalmente, chega-se à questão que move a presente pesquisa: diante de tantas semelhanças entre os dois institutos, a ponto de se poder afirmar que o sistema processual implantou a coisa julgada sobre questões tendo como paradigma a *issue preclusion* norte-americana, é possível compreender o art. 503, § 1.º, do CPC de modo que, tal e qual acontece no modelo importado, a coisa julgada sobre questões alcance também as questões fáticas essenciais para a decisão?

## 5 Coisa julgada sobre questão de fato

### 5.1 Previsão no sistema processual vigente e sua possibilidade de lege lata e de lege ferenda

O nosso ordenamento jurídico não permite a propositura de ação declaratória, de modo generalizado, para que sejam acertados fatos.<sup>113</sup> Proposta uma ação para declaração de fato, seria ela extinta sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir. Trata-se, portanto, de um mecanismo que o ordenamento jurídico não põe ao dispor dos jurisdicionados.

O ceticismo em torno da ação meramente declaratória de fatos parece decorrer de uma desproporção entre os meios que devem ser empregados para que se chegue ao pretendido resultado, de um lado, e sua utilidade – para as pessoas e para o Estado –, de outro.<sup>114</sup>

Está é a regra geral; há uma exceção. O sistema processual civil convive com uma hipótese de coisa julgada sobre questão fática: a referente à autenticidade ou falsidade de documento.<sup>115</sup> O CPC (LGL\2015\1656), no art. 19, II, permite a demanda declaratória que verse sobre falsidade documental. Ela pode ser proposta como questão principal (*principaliter tantum*), em procedimento específico ou acessório; ou, também, pode ser uma questão incidente, suscitada no transcorrer de uma demanda (*incidenter tantum*).<sup>116</sup>

Realmente, o Código de Processo Civil permitiu a litigância da questão como objeto do processo (art. 19, II, do CPC (LGL\2015\1656)) ou, no transcorrer do processo, ela pode ser litigada como questão principal de um processo incidente ou como mera questão incidental: “A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade” (art. 436, III, do CPC (LGL\2015\1656)).<sup>117</sup> Como objeto, trata-se de demanda dúplice bastante tradicional, prevista em vários ordenamentos jurídicos, que principiou restrita a autenticidade ou falsidade de escrituras e veio a ser ampliada,<sup>118</sup> com eficácia preponderante declaratória e que pode ser veiculada em processo principal ou incidental.<sup>119</sup> Quando for suscitada incidentalmente, sem o processo incidente, será questão prejudicial apta a formar coisa julgada por força do art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656), desde que preenchidos os seus requisitos.

Nesse caso, o objeto do procedimento é a declaração acerca da falsidade ou autenticidade de documento, o que será declarado judicialmente e, portanto, formará coisa julgada, com seus efeitos usuais.<sup>120</sup> Trata-se, inequivocamente, de uma questão fática, embora certamente de relevância jurídica – o que justifica o interesse na declaração judicial –, gerando a *res judicata*.<sup>121</sup>

Nesta exceção, forma-se coisa julgada e, com isso, tem-se uma *quaestio facti* imutável, que não poderá ser discutida, de modo incidental ou principal, pelas partes noutra



demanda.<sup>122</sup> Transitada em julgado a decisão da arguição de falsidade de documento, além do elemento preponderantemente declaratório, no caso em que é declarada a falsidade, há também forte carga constitutiva e executiva, uma vez que será decretada a perda do documento, com seu cancelamento, e, inclusive, ele poderá ser inutilizado ou destruído.<sup>123</sup>

Outro exemplo de coisa julgada sobre fato seria o da culpa certificada em sentença penal, conforme preconiza o art. 65 do Código de Processo Penal. Como se trata, na verdade, da transposição da coisa julgada penal ao cível, o tema não será analisado mais detidamente. De toda forma, trata-se de questão fática reconhecida na motivação da sentença penal, que passa a não poder mais ser debatida judicialmente.<sup>124</sup>

Nessas duas hipóteses – e apenas nelas –,<sup>125</sup> há coisa julgada sobre fato. Com isso, torna-se inequívoco que já existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura. Ademais, é irrefutável que, já havendo previsão legal de específicas hipóteses de coisa julgada incidente sobre questão fática, não há razão lógico-jurídica que impeça a sua ampliação, ou seja, que o sistema processual venha a prever outros casos em que o juízo fático-probatório torna-se imutável ou, mais ainda, a previsão de genérica de coisa julgada sobre fatos.

Aliás, a coisa julgada sobre fato já foi expressamente permitida no direito processual brasileiro. O exemplo histórico é fornecido por Torquato de Castro, ao abordar os Códigos de Processo estaduais – portanto, anteriores ao Código de Processo Civil de 1939, a partir do qual a legislação processual passou a ser nacional –, verificou uma excêntrica previsão da Lei Especial 1.111, de 19.10.1929, de Minas Gerais, que estatuiu o Código de Processo do Estado. Nada obstante os Códigos estaduais comumente previssem a declaração de relações jurídicas o CPC (LGL\2015\1656)-MG/1929 previa a possibilidade declaração de relações ou situações jurídicas, tendo a justificativa de tal previsão sido a maior abrangência da segunda locução, uma vez que ela englobaria também a declaração de fatos.<sup>126</sup>

Realmente, não há impedimento à previsão de lege ferenda da coisa julgada sobre questão fática.

A existência de coisa julgada sobre a autenticidade ou a falsidade de documento é relevante do ponto de vista teórico: o fato de o sistema jurídico positivo ter acolhido uma hipótese de coisa julgada sobre questão fática significa que não há um efetivo óbice à sua extensão a outros fatos. Realmente, não há nenhuma particularidade na falsidade ou na autenticidade documental como fatos que os tornem os únicos fatos passíveis de serem declarados judicialmente e, portanto, cobertos pela coisa julgada.

Portanto, a previsão de outras hipóteses de coisa julgada sobre fato depende, unicamente, da vontade política de estabelecê-las.<sup>127</sup> Retornando à pergunta inicial que motivou esta pesquisa, já se pode responder: é possível a coisa julgada sobre fato de lege ferenda, inclusive porque já há uma hipótese de lege lata e já houve previsão específica de sua possibilidade em nossa história. Sua previsão, ao menos do ponto de vista de uma ação específica para declaração de fatos, parece não interessar por ser de utilidade bastante esporádica.<sup>128</sup>

Há uma particularidade que precisa ser levada em conta na res judicata acerca de fatos, entretanto. Como o debate judicial é eminentemente jurídico, as questões fáticas que de lege ferenda podem vir a ser reconhecidas como coisa julgada precisam ter relevância e qualidade jurídica. Não é possível uma declaração que se limite a certificar um fato ou seu modo de ser, independentemente de sua juridicização; é fundamental que o fato seja reconhecido em virtude de sua qualidade jurídica. Assim, por exemplo, o órgão julgador não pode simplesmente decidir quanto ao reconhecimento de uma qualidade moral ou a autoria de uma empreitada, mas, positivada a possibilidade de coisa julgada sobre fato, seria possível a coisa julgada sobre a culpa em determinado acidente ou o tempo de posse sobre determinado bem imóvel.<sup>129</sup>



Estabelecido, diante do exposto, que temos já a coisa julgada sobre fato de lege lata em uma hipótese restritíssima e, portanto, de lege ferenda é possível a ampliação das ações para acerto de fato. Isso não é tudo, porém.

A problemática pode levar a uma questão mais interessante: como foi visto, o art. 503, § 1.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656) tem íntima relação com a issue preclusion do direito estadunidense. Neste sistema jurídico, o instituto recai sobre questões fáticas. Daí, cabe a pergunta: é viável interpretar o dispositivo no sentido de que se forma, também, coisa julgada sobre a questão fática resolvida na fundamentação?

5.2 Expansão: interpretando o 503, § 1.º, do CPC em conformidade ao collateral estoppel norte-americano?

Diante da direta inspiração do art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656) no sistema jurídico norte-americano, seria, ao menos, defensável que o texto normativo pode ser interpretado no sentido de que os limites objetivos da coisa julgada especial nele prevista podem alcançar também questões fáticas, como ocorre no sistema jurídico de origem. Isso modificaria substancialmente o instituto no direito brasileiro e traria uma resposta ao problema da litigância repetitiva fundada em um mesmo evento.

Todavia, tal proposta não parece acertada.

Inicialmente, a tradição jurídica brasileira aponta para a limitação do instituto da coisa julgada às relações jurídicas declaradas. Realmente, como foi visto antes, a res judicata é um efeito decorrente do trânsito em julgado da decisão, tornando imutável o reconhecimento da relação jurídica declarada no dispositivo. Ora, assim sendo, não há sentido em se admitir a expansão interpretativa do art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656) para abarcar, também, os fatos, pois se trata de matéria que não poderia ser veiculada como objeto de uma demanda própria. Inclusive, o inc. III do § 1.º do art. 503 estabelece que, a coisa julgada forma-se apenas se “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.

Analiticamente, portanto, admitir essa expansão iria na contramão da definição conceitual da coisa julgada e contra os limites da própria regra estabelecida no Código de Processo Civil.

A interpretação histórica, igualmente, não concede justificativa institucional para apontar o art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656) como base para a coisa julgada sobre questão de fato. No Código de Processo Civil de 1973, a função desempenhada pelo atual dispositivo estava encarregada à ação declaratória incidental. Basicamente, a função da coisa julgada sobre questões é, nos casos que estiverem no seu âmbito de incidência, tornar desnecessário o uso da declaratória incidental, instituto que agrega complexidade ao procedimento e que detinha pouquíssimo uso na prática. A coisa julgada sobre questões do Código de Processo Civil de 2015, portanto, veio para simplificar o procedimento. Nesse sentido, observando a coisa julgada sobre questão em comparação ao seu predecessor histórico, é impossível concluir pela sua capacidade de imutabilizar também a resolução de questões fáticas, diante do fato de que a ação declaratória incidental nunca teve tal serventia.

Os obstáculos, no entanto, não são apenas esses, histórico-conceituais.

Do ponto de vista consequencialista, além disso, a collateral estoppel vem sendo alvo de várias críticas doutrinárias, diante de várias dificuldades em sua aplicação, da sua construção jurisprudencial pouco consistente e, também, após a quebra do requisito da mutualidade, pela sua potencialidade de gerar resultados injustos e, objetivamente, pelo notório desequilíbrio que isso gerou na litigância de algumas questões. Note-se, todavia, que essas desvantagens alcançam tanto a issue preclusion sobre questões fáticas como também sobre questões de direito.<sup>130</sup>

A doutrina aponta que o collateral estoppel teria sido idealizado como algo simples,



porém, as crescentes construções jurisprudenciais, com a criação de vários requisitos e exceções, acabaram tornando bastante difícil prever quando uma parte está ou estará realmente impedida de litigar a questão (barred issue).<sup>131</sup> Dessa forma, no direito estadunidense, afirma-se que, muitas vezes, os advogados acabam perdendo tempo pesquisando acerca do collateral estoppel, ou problematizando questões a ele ligadas, aumentando os custos e o tempo para o cliente; e as Cortes, paralelamente, acabam obrigadas a gastar seu já escasso tempo e material humano resolvendo questões ligadas à existência ou não da issue preclusion.<sup>132</sup>

Além disso, o non-mutual collateral estoppel gera larga desvantagem para o litigante ao qual se contrapõem vários sujeitos: ele terá que vencer, individualmente, cada uma das demandas, não importando sua vitória em um ou algumas delas contra os demais, já que a coisa julgada não poderá ser levantada em desfavor de terceiro; ao passo que, no entanto, basta que um litigante o vença, em um único processo, para que a coisa julgada sobre questão seja oponível pelos seus demais adversários.<sup>133</sup> Diante disso, a nonmutual issue preclusion gerou situações complicadas, especialmente em seu uso ofensivo, provenientes de estratégias específicas, nas quais os vários sujeitos envolvidos em demandas que possuem questão comum simplesmente aguardavam que o primeiro litigante vencesse para utilizar da preclusão em sua própria ação ou, em outro quadro, com o possível uso do mandatory joinder,<sup>134</sup> propusessem as suas próprias ações para simplesmente deixar o processo parado, no aguardo da issue preclusion em algum processo símile, permitindo-lhes o uso da imutabilidade da questão decidida no seu próprio processo.<sup>135</sup> Além disso, esse fator acaba sendo determinante na fixação de acordos, que passa a ser motivado muito mais nos custos da nonmutual issue preclusion, e na tentativa de impedir a sua formação, do que em qualquer outra razão.<sup>136</sup>

A nonmutual issue preclusion vem sendo criticada também porque não chegaria aos ganhos de eficiência que fundamentam a coisa julgada sobre questão no common law. Na verdade, geraria o efeito contrário. Isso porque, primeiramente, os litigantes que poderiam processar de modo conjunto deixam de fazê-lo, para aferir vantagens estratégicas decorrentes da extensão de uma vitória aos demais, e as regras de junção de partes (joinder) acaba incentivando a propositura de várias ações concorrentes, gerando mais custos. Some-se a isso que, do ponto de vista do réu, essa configuração normativa acaba levando-o a litigar de modo intenso qualquer questão, mesmo que normalmente não o fizesse, perante a possibilidade de ser considerada posteriormente imutável.<sup>137</sup>

Essas características levaram a doutrina a tecer severas críticas ao instituto, bem como à necessidade de construção de uma técnica processual específica para lidar com o manifesto desequilíbrio. Não são incomuns propostas doutrinárias que busquem limitar a nonmutual issue preclusion, como a inusitada ideia de que os danos indenizáveis devem ser limitados quando o litigante se baseia na preclusão da questão para sua ação.<sup>138</sup>

Enfim, a issue preclusion não é bem vista no próprio direito estadunidense, onde suscita discussões acerca de sua compatibilidade com o due process e vem recebendo duras críticas dos tribunais e juristas.<sup>139</sup>

Dessa forma, aos óbices histórico-conceituais, soma-se a apontada barreira de nível consequencialista – que, na verdade, aplica-se à issue preclusion sobre questões fáticas ou jurídicas. Não faz sentido, em um contexto tão problemático, importar uma técnica processual para a solução de uma dificuldade bastante pontual, já que utilidade esporádica da coisa julgada sobre fatos não se sobressai às dificuldades que se impõem ao instituto, notadamente as conceituais, jurídico-positivas e consequencialistas.

Finalmente, e sem dúvidas um argumento de grande peso, o art. 504, II, do CPC (LGL\2015\1656) traz um óbice impeditivo direto e insuperável, na medida em que expressamente exclui a formação da coisa julgada sobre a verdade dos fatos. Isso significa que o sistema jurídico brasileiro opta pela possibilidade de as questões fático-probatórias serem relitigadas, em conformidade com as possibilidades instrutórias



de cada processo. Assim como a opção pela coisa julgada sobre fato, esta é uma opção política válida.

De lege lata, em vista disso, não é possível outorgar força de coisa julgada à solução de questões prejudiciais fáticas.<sup>140</sup> Há vedação expressa a essa interpretação, não possui alicerces na tradição dogmática acerca da coisa julgada e razões consequencialistas apontam para o seu afastamento. Não é possível, enfim, a recepção da *issue preclusion* para abranger também as questões de fato, e essa solução, constante do Código de Processo Civil, é, sem dúvidas, a mais adequada para a preservação do devido processo legal.<sup>141</sup>

### 5.3 Soluções alternativas para o direito brasileiro

Excluída a coisa julgada sobre fato como uma possibilidade de lege lata e, por outro lado, perspectivada como uma solução pouco desejável de lege ferenda, remanesce o problema de criar técnicas processuais adequadas à necessária harmonia decisional e à preservação da eficiência jurisdicional. Muito embora a solução avaliada não seja viável, é necessário identificar alguma técnica processual adequada a tutela desses relevantes valores.

Pois bem, no direito estadunidense, como foi visto, são justamente tais valores que a *issue preclusion* pretende resguardar. No entanto, a sua aplicabilidade no direito brasileiro já foi rechaçada. Para encontrar uma solução alternativa, deve-se memorar que a figura do *collateral estoppel*, em sua formação histórica, remete ao direito probatório, apenas após alguns séculos de evolução jurisprudencial é que acabou o instituto equiparado à coisa julgada, sendo colocado como uma das suas expressões, ao lado da *claim preclusion*.<sup>142</sup>

Ora, a solução posta no *common law* não é a melhor, com sua configuração atual, diante das suas desvantagens conceituais e pragmáticas, acaba criando um problema epistemológico e que repercute diretamente na axiologia processual: há um déficit de participação da parte que litiga em comum, uma vez que ela, não fosse a *issue preclusion*, poderia trazer novos elementos probatórios para a construção de um juízo fático mais adequado. Perceba-se: enquanto, em demandas juridicamente idênticas sobre questão fática comum, o juízo acerca das questões jurídicas partirá do mesmo elemento de cognição – as regras e princípios que são interpretados –, a questão fático-probatória não necessariamente será a mesma, uma vez que em tal tipo de juízo, a partir das alegações das partes, pretende-se a reconstrução de acontecimentos externos ao processo através de provas, o que pode ser feito com maior ou menor correspondência.<sup>143</sup>

Esse é um dado que traz um argumento forte em direção à possibilidade de revisão do juízo fático, o que não seria possível com a instituição da coisa julgada sobre fatos. Fosse ela prevista, a questão fática resolvida não poderia ser modificada ainda que uma nova prova, de maior relevância e segurança, fosse adquirida ou passasse a ser possível. Realmente, é necessária uma solução que garanta peso considerável para os elementos do passado, mas, por outro lado, que não torne a sua construção estática, imutável e indiferente à participação e a novas conjecturas – e, assim, às novas possibilidades probatórias.<sup>144</sup>

Pois bem, se o *collateral estoppel* remonta ao direito probatório,<sup>145</sup> é a ele que devemos retornar para garantir uma boa solução.<sup>146</sup> Os institutos da prova emprestada e da eficácia probatória da sentença parecem ser adequados para solucionar a repetição de questões fáticas em vários processos, garantindo, simultaneamente, valor de prova à atividade do passado e resguardando a possibilidade de que novos elementos probatórios venham a ser considerados: há, assim, uma tendência à estabilidade do juízo construído acerca das questões fáticas, porém não a sua imutabilidade absoluta.<sup>147</sup>

Tanto a prova emprestada como a eficácia probatória da sentença diferem da coisa



julgada sobre questões fáticas na medida em que, ao não impedirem completamente a rediscussão dos problemas fático-probatórios, autorizam uma melhora no convencimento acerca do thema probandum a partir de novos elementos probatórios e, ao mesmo tempo, não deixam de deter forte valor probatório capaz de, substancialmente, contribuir para a solução isonômica da questão. Trata-se, portanto, do ponto de vista da axiologia processual, de uma solução mais vantajosa: permite uma maior investigação fática, garantindo participação e, ainda assim, contribui decisivamente para a isonomia e uniformidade dos julgamentos, apenas justificando a sua quebra por específicas razões relevantes.

Pois bem, passemos a sua análise.

O novo Código de Processo Civil passou a prever a prova emprestada expressamente, entendida como aquela que se produziu noutro processo e é utilizada em processo subsequente, mediante a cópia da original.<sup>148</sup> A inovação, no entanto, é apenas formal. A doutrina e a jurisprudência já admitiam a sua utilização há muito, inobstante a falta de previsão legal. A prova emprestada consiste no uso de prova judicial produzida noutro processo, mantendo sua natureza probatória quanto à alegação fática que pretende provar.<sup>149</sup>

Na verdade, a prova emprestada é prova documental da produção probatória anterior, ou seja, prova documentalmente que outra prova foi produzida em procedimento judicial prévio.<sup>150</sup> Todavia, quanto ao thema probandum objeto da prova emprestada, ela conserva exatamente a mesma natureza que detinha no processo anterior. Em outras palavras, “a prova emprestada ingressa no segundo processo sob a forma de documento”, mas “não valerá como mero documento”, tendo “a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originalmente produzida”.<sup>151</sup>

É comum ver, doutrinariamente, o entendimento de que a prova emprestada serve à economia processual – justamente o que serve de base à *issue preclusion* – e tem especial utilidade nos casos em que a utilização de determinado meio de prova tornou-se impossível – como, e.g., na morte da testemunha ou no perecimento de bem a ser periciado.<sup>152</sup>

Para o uso da prova emprestada, em doutrina, é comum a referência às mesmas partes, colocando tal condição para que esta prova seja admissível.<sup>153</sup> Há, noutro sentido, parcela que exige que a parte contra a qual a prova emprestada será produzida tenha tido oportunidade de participar do contraditório na sua formação.<sup>154</sup> Finalmente, defende-se também a desvinculação de sua admissibilidade à participação das partes, ou seja, seria irrelevante, para que a prova possa ser juntada e valorada, o fato de ter sido produzida em processo perante terceiros, isto apenas influenciaria em seu valor, bastando o respeito ao contraditório no processo em que transplantada.<sup>155</sup>

Este último posicionamento é especialmente relevante, na medida em que possibilita um amplo uso da prova produzida noutros processos. De fato, se uma prova produzida por apenas uma das partes, em um ambiente privado é plenamente admissível e detém “atendibilidade”; por que uma prova produzida perante um órgão judicial, com sua participação, além da participação de sujeitos com interesses diretos no resultado da produção probatória, não seria admissível? O fato de a prova ter sido produzida em outro processo, perante um juiz e partes com interesses contrapostos, mediante a aplicação de regras jurídicas que regulam sua produção, ao invés de tornar inadmissível o uso da prova contra terceiros, na verdade, é um fator de credibilidade excepcional, que não se vê na maioria das outras provas normalmente admissíveis em juízo. Inclusive, tal fator de credibilidade apenas aumenta quando se leva em conta que a parte poderá fazer novas provas (contraprova) e, até mesmo, prova da mesma espécie da que foi empresta.<sup>156</sup>

Realmente, parece que a prova emprestada vem tendo sua admissibilidade restringida



sem muita razão de ser, devendo eventuais questões referentes à falta de contraditório na sua formação refletirem na sua valoração ou no juízo de admissibilidade referente à repetição do meio de prova emprestado no segundo juízo.<sup>157</sup>

Enfim, a melhor solução parece ser justamente a que consta no art. 372 do CPC (LGL\2015\1656), que permite um uso mais abrangente da prova emprestada, desde que respeitando o contraditório no processo no qual ela é aportada, jogando os requisitos que tradicionalmente eram apontados como referentes à sua admissibilidade para a valoração da prova.<sup>158</sup> O essencial é permitir o contraditório da parte contrária, que poderá opor-se à prova demonstrando sua inconsistência e produzindo contraprovas.<sup>159</sup>

Aliás, conforme aponta Mario Conte, esta é a linha que foi seguida pela jurisprudência italiana,<sup>160</sup> que passou a entender pela ampla admissibilidade da prova emprestada:

Quest'ultima obiezione, in realtà, consente di operare una rigorosa restrizione all'utilizzabilità di prove assunte in altri giudizi civili, in quanto l'ammissibilità di tal acquisizione, quando si tratta di prova assunte tra parti diverse da quelle del giudizio in cui avviene la produzione, deve ritenersi consentita soltanto previa apertura del contraddittorio sulle stesse.

L'esistenza di obiettive problematiche di merito non ha, ad ogni modo, scoraggiato la giurisprudenza, ormai pacificamente orientata nel ritenere che, in mancanza di un esplicito divieto di legge, il giudice sia libero di utilizzare, per la formazione del suo convincimento, anche prove raccolte in un diverso processo svoltosi tra le stesse parti o tra altri soggetti.

La valenza probatoria di tali prove viene considerata indiziaria.<sup>161</sup>

Realmente, para a admissibilidade do empréstimo da prova não se deve cobrar, necessariamente, que tenha sido produzida entre as mesmas partes ou, ainda, perante a parte contra quem se quer produzi-la no segundo processo. As questões referentes ao contraditório devem influir em sua valoração, nunca em sua admissibilidade. Imprescindível é garantir o contraditório no segundo processo, onde a prova é emprestada, permitindo ao sujeito tanto se manifestar quanto ao seu valor, como, mais importante, produzir as provas e contraprovas que reputar relevantes para influir na formação do juízo fático. Cumpre à parte interessada, enfim, demonstrar que aquela prova não possui o valor probatório que o seu adversário quer ver ser atribuído, ou que, na prova, não foram abordadas questões relevantes que poderiam ter sido levantadas no processo em que produzida, ou, ainda, que o objeto da prova no seu processo não é exatamente aquele que foi abordado na prova emprestada, o que retira todo o seu valor, por ser impertinente.

Dessa forma, o uso da prova emprestada, a partir de uma compreensão que lhe torne mais abrangente, passa a ser uma alternativa viável para processos que versem sobre questão fática comum, na medida em que se afigura uma técnica econômica e eficaz.<sup>162</sup> Construção neste sentido é autorizada pelo Código de Processo Civil de 2015, inclusive porque, na medida em que excluiu a previsão do princípio da imediatidade ou da identidade física do juiz – que estabelecia que o juiz da instrução deveria ser, em regra, o mesmo a decidir –, reconhece a plena legitimidade de a prova ser produzida perante um juiz e valorada por outro, no momento da decisão.<sup>163</sup>

Afora o óbice do contraditório, larga parcela doutrinária propõe que sua admissão se justifica apenas nos casos em que a prova a ser emprestada é de difícil produção (ou repetição) no segundo processo. Há, nesse sentido, outra parcela da doutrina que entende ser, na verdade, a possibilidade ou dificuldade de repetição da prova critério não para sua admissão, mas, sim, para sua valoração.<sup>164</sup>

Não nos parece que a prova emprestada deva ter, como característica essencial, a



atribuição de menor ou maior valor.<sup>165</sup> Nesse ponto, é surpreendente a atualidade da lição de Moacyr Amaral Santos:

Se o fato é o mesmo, ali e aqui, e foi judicialmente reconhecido como provado no primeiro processo, por que motivo não se atribuir à prova emprestada ao segundo uma certa eficácia? A verdade é que todo elemento probatório, trazido a um processo, deverá ser estimado e avaliado. Cumpre ao juiz pesá-lo não só isoladamente, nas suas condições objetivas e subjetivas, como no conjunto, com as demais provas, atendendo ao fato probando, às alegações das partes, ao direito violado, à norma jurídica invocada, enfim às circunstâncias que influem na formação do convencimento. Merecerá, às vezes, a espécie de prova em apreço ser tida em valor secundário, quase nenhum, quase nulo, como merecerá, outras vezes, a mais distinguida atenção, dependendo a sua maior ou menor eficácia do poder de convencer que possuir, à vista dos fatos e das circunstâncias dos autos.<sup>166</sup>

Enfim, quanto ao valor probante da prova emprestada, deve ser dada plena eficácia ao convencimento motivado, devendo o julgador avaliar racionalmente a sua atendibilidade em consonância com os dados de sua formação, todo o contexto probatório do processo em que inserida e as regras pertinentes ao direito probatório; ela, enfim, não mantém o valor probatório que detinha no processo do qual foi trazida, não detendo nem nenhum valor e nem valor vinculante.<sup>167</sup>

A outra solução alternativa à *issue preclusion* é o uso da sentença como meio de prova.

É certo que a sentença transitada em julgado, em regra, não atinge a esfera jurídica de terceiros como coisa julgada, isto é, não impede a rediscussão do que foi decidido. Isso não significa, no entanto, que a decisão judicial seja totalmente irrelevante para todos os sujeitos que não participaram do processo. A decisão judicial, como ato público que é, pode revelar impactos, sim, nos interesses alheios aos das partes.<sup>168</sup> Um desses possíveis impactos está na eficácia probatória da sentença, que não se confunde com seus demais efeitos ou com a *res judicata*.<sup>169</sup>

Realmente, qualquer documento, como o é uma sentença, embora normalmente não possa criar ou certificar direitos em relação a terceiros, possui eficácia probatória, no sentido de que serve de prova do atestado por seus subscritores.<sup>170</sup> Por exemplo, um contrato em que dois sujeitos celebram uma compra e venda não pode obrigar terceiros, mas pode servir de prova do negócio. A sentença, embora não produza efeitos contra terceiros, serve de prova que o julgador se convenceu da existência de determinados fatos.<sup>171</sup> Assim sendo, faz total sentido o uso da decisão como evidência, sendo valorada na medida de sua confiabilidade, a partir da análise do juiz subsequente das circunstâncias de sua produção e das suas características – permite, portanto, uma solução mais maleável que o *collateral estoppel*, necessária especialmente quando envolve terceiros.<sup>172</sup>

Nesse sentido, a sentença é meio de prova, na medida em que o sistema processual exige a motivação das decisões judiciais, devendo, nela, haver a indicação das razões fáticas e jurídicas. Assim sendo, como bem colocou Calamandrei, a obrigação de fundamentação,

com'è noto, impone al giudice di riepilogare nella sua sentenza, prima di formulare nel dispositivo il comando in cui si concentra la forza vitale del provvedimento, l'iter logico che egli ha dovuto percorrere per poter giungere a quella conclusione: e quando nelle tappe intermedie di questo suo cammino logico egli deve risolvere questioni di fatto, i giudizi che egli enuncia in relazione alle medesime hanno il valore di giudizi storici su circostanze concrete, che rimangono così documentati nella sentenza.<sup>173</sup>

A sentença judicial não prova diretamente os fatos que são *thema probandum* de qualquer ação, mas ela serve como prova documental do juízo fático realizado pelo julgador em outro processo, realizado a partir de determinados elementos probatórios,



em nome do Estado-juiz. Isso carrega certo peso, visto que uma questão fática é resolvida por um agente estatal qualificado,<sup>174</sup> ensejando a necessidade de justificativa adequada para a realização de desvios.

É importante que se frise: trata-se de um documento representativo do provimento jurisdicional, visto como um fato relevante, mas não lhe modifica ou acrescenta eficácia – “il provvedimento è il fatto (in senso lato) di cui essa sentenza è la prova”.<sup>175</sup>

A decisão judicial colacionada por meio documental serve de prova indiciária dos fatos probandos, na medida em que o juízo probatório do magistrado que analisou a questão fática precedentemente indica a probabilidade de sua existência. Dessa forma, pode-se falar que o fato de em uma decisão do passado ter se formado convicção quanto à existência ou não existência de determinado fato, pode muito bem levar, a partir das máximas da experiência – que apontam para uma elevada chance de o juízo fático da decisão judicial ter sido correspondente aos fatos –, ao juízo presuntivo, isto é, ao raciocínio pautado em alto grau probabilístico no sentido de que os fatos como relatados efetivamente existiram.<sup>176</sup>

Evidentemente, o valor atribuído à prova dependerá de suas características próprias e do seu confronto com o restante do material instrutório, não se podendo atribuir a priori ou abstratamente qualquer valor – o que equivaleria a uma tarifação. Igualmente, não há de se atribuir à decisão anexada como meio de prova um valor de prova absoluta, a inibir a construção do juízo fático no processo subsequente em conformidade ao convencimento motivado – que, como não poderia deixar de ser, aplica-se integralmente.<sup>177</sup> Realmente, há de se ver o problema com cuidado: a sentença tem eficácia probatória, provando inegavelmente a existência de um juízo de fato em determinado sentido, porém de modo algum serve para demonstrar a exatidão dele.<sup>178</sup>

Num giro de perspectiva, não é recomendável que a fundamentação fática do juízo subsequente tenha, única e exclusivamente, como elemento probatório a sentença precedente.<sup>179</sup> É importante que as partes, cada uma no seu âmbito de interesse, preocupem-se e instrua o feito adequadamente, até mesmo para evitar o julgamento baseado no onus probandi.<sup>180</sup>

Portanto, nada obstante não se tenha a coisa julgada sobre fatos de lege lata no direito brasileiro, a decisão judicial não deixa de ser um relevante elemento probatório indiciário que, alicerçada na investigação judicial, serve para provar indiretamente o thema probandum. O seu valor probatório, enfim, deve ser avaliado contextualmente, em cotejo conjunto com os demais elementos instrutórios e a partir do convencimento motivado.<sup>181</sup> Com isso, permite-se que o julgamento anterior tenha grande utilidade, sendo-lhe atribuído valor relevante, mas também se evita a solução pouco desejável da rigidez da coisa julgada sobre questão, que inibe demasiadamente a participação do litigante.<sup>182</sup>

## 6 Conclusões

Por todo o exposto, podemos responder à questão inaugural: de lege lata, há coisa julgada sobre fatos, formada em processo civil, unicamente no caso de arguição de falsidade de documento, em processo que a tem por objeto, autônomo ou incidental, e, também, por meio da coisa julgada sobre questão prejudicial, quando resolvida incidenter tantum para a solução doutra questão, esta principal, e desde que preenchidos os requisitos dos incisos do art. 503 e do seu § 2.º.

Este é o único caso de coisa julgada com formação em processo civil. A defesa do entendimento de que o art. 503, § 1.º, do CPC (LGL\2015\1656) pode ser interpretado em conformidade ao collateral estoppel não é procedente. A lei expressamente requer que o juiz que resolveu a questão prejudicial, para que se forme a coisa julgada sob regime excepcional, tenha também competência para a resolver como principal, o que não há em nenhum caso, com exceção da falsidade documental.



De lege ferenda, não há qualquer impedimento lógico-jurídico à importação da res judicata sobre questão fática, todavia, parece-nos que a possibilidade de investigação superveniente exige uma solução que garanta uma segurança mais moldável, e não uma barreira formal intransponível que prejudique o direito à participação e a adaptabilidade.

Como o collateral estoppel tem raízes no direito probatório, a melhor solução é retornar a tais origens e buscar, nelas, uma solução adequada e consentânea com nossa tradição. Realmente, a nós parece que a prova emprestada e a eficácia probatória da sentença são boas medidas para chegar ao resultado almejado: com elas são tutelados os valores pretendidos pela coisa julgada sobre fatos, permitindo-se uma harmonia entre decisões consciente e racional e a economia processual, mas não traz os efeitos perniciosos ao devido processo.

## 7 Referências

ACKERMAN, Wytan M. Precluding defendants from relitigating sentencing findings in subsequent civil suits. *Columbia Law Review*. vol. 101. p. 128 e ss. 2001.

ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. *Revista de Processo*. vol. 132. p. 76. São Paulo: Ed. RT, 2006.

AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção novo CPC (LGL\2015\1656)*, Doutrina Seleccionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Provas atípicas no processo civil. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2014.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Objeto litigioso do processo: reflexões sobre o tema. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 2.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. vol. 230. p. 82. São Paulo: Ed. RT, 2014.

\_\_\_\_\_. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. vol. 92. p. 52-70. São Paulo: Ed. RT, 1998

ATAÍDE JR., Jaldemiro; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Exibição de documentos: ônus ou dever da parte? In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção novo CPC (LGL\2015\1656)*, Doutrina Seleccionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BAKER, Jonathan Scott. The use of sentencing findings as a collateral estoppel weapon in subsequent civil litigation. *Notre Dame Law Review*. vol. 85. n. 67. p. 722. 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas. *Temas de direito procesual civil – Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara* (disponível na internet).



BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BENTHAM, Jeremy. The rationale for evidence. The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: Simpkin Marshal & Co., 1840. – Part XIII, Book VII.

BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. Revista de direito privado. vol. 24. p. 55. São Paulo: Ed. RT, 2005.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. Revista de processo comparado. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BUZAID, Alfredo. A ação declaratória no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 503. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1972.

CAMBI, Eduardo. A prova civil – Admissibilidade e relevância. São Paulo: Ed. RT, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656). Doutrina selecionada – Procedimento comum. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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. 63 e ss. 1986.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

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

CASTANHEIRA NEVES, António. Questão de facto-Questão de direito ou problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.

CASTRO, Torquato. Ação declaratória. 3. ed. Recife: UFPE, 1971.

CAVANAGH, Edward D. Issue preclusion in complex litigation. The Review of Litigation. vol. 29. p. 860-861. 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1

CONTE, Mario. Le prove nel processo civile. Milano: Giuffrè, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 436. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.



DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): Conceitos e limites objetivos. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Seleccionada – Procedimento comum. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

DENTI, Vittorio. I giudicati sulla fattispecie. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. anno XI. n. 3. p. 1326-1350. Milano: Giuffrè, 1957.

DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Seleccionada – Procedimento comum. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação de exibição de documentos. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. II.

\_\_\_\_\_. Brevíssimas considerações sobre a ação declaratória. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Liebman e a cultura processual brasileira. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro da; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). Linhas mestras do processo civil. São Paulo: Atlas, 2004.

ECHANDIA, Hernando Devis. Teoria general de la prueba judicial. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Ed., 1972. t. I.

FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. El hecho y el derecho en la casación civil. Barcelona: Bosch Ed., 1998.

FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 372. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil – Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. Revista de Processo. vol. 194. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 134.

GUERRA, Marcelo Lima. Prova judicial: uma introdução. Fortaleza: Boulezes, 2016.

HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: The legal system's interest. Iowa Law Review. vol. 70. p. 85. 1984.

\_\_\_\_\_. Revisiting the Second Restatement of Judgments: Issue preclusion and related problems. Cornell Law Review. vol. 66. p. 577-578. 1981.

HEISER, Walter W. California's confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine. San Diego Law Review. vol. 35. p. 509 e ss. 1998.

JONES, Karen L. Still fair after all these years? How claim preclusion and issue preclusion should be modified in cases of copyright's fair use doctrine. University of California Law Review. vol. 58. p. 1089. 2011.

KLEIN, Christopher. Principles of preclusion and estoppel in bankruptcy cases. The American Bankruptcy Law Journal. vol. 79. p. 844-845. 2005.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.



LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'legal transplant'. Maastricht journal of European and comparative law. n. 4. p. 115-117. Maastricht, 1997.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prejudicialidade no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

LESSONA, Carlos. Teoria general de la prueba en derecho civil. 2. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Ed. RT, 2000.

\_\_\_\_\_; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André Gustavo. Eficácia executiva das decisões judiciais e extensão da coisa julgada às questões prejudiciais; ou o predomínio da realidade sobre a teoria em prol da efetividade da jurisdição. Revista de Processo. vol. 254. p. 144-147. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'. Revista dos Tribunais. vol. 608. p. 26. São Paulo: Ed. RT.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINHO, Rodrigo Saraiva; ROMÃO, Pablo Freire. A arguição de falsidade documental no Código de Processo civil de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina selecionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. vol. 249. p. 342. São Paulo: Ed. RT.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Ed. RT, 2009.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MILHOMENS, Jônatas. A prova no processo. Rio de Janeiro: Forense, 1982

MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998.

MOTOMURA, Hiroshi. Using judgments as evidence. Minnesota Law Review. vol. 70. p. 979 e ss. 1986.

NESIN, Seth. The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle. New York University Law Review. vol. 76. p. 879. 2001.

NEVES, Celso. Coisa julgada civil. São Paulo: Ed. RT, 1971.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Saraiva, 2008.

NONKES, Steven P. Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. Cornell Law Review. vol. 94. p. 1462. 2009.

OCCHIALINO, M. E. The impact of non-mutual collateral estoppel on tort litigation involving several liability. New Mexico Law Review. vol. 18. p. 559. 1988.



PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 252. p. 91-98. São Paulo: Ed. RT, 2016.

REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil. Buenos Aires: Ejea, 1957. vol. I, n. 118.

RICHARDSON, Eli J. Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel. Mississippi Law Journal. vol. 65. p. 42. 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1

SATTA, Salvatore. Direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SENTÍS MELENDO, Santiago. La naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. Revista dos Tribunais. vol. 462. p. 22. São Paulo: Ed. RT, 1974, p. 22

SHAPIRO, David L. Civil procedure: preclusion in civil actions. St Paul: Foundation Press, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Eficácias da sentença e coisa julgada. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Marcos José Porto. O collateral estoppel no Brasil. Revista de processo. vol. 211. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 117

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Ed. RT, 2005.

\_\_\_\_\_. Prova emprestada no processo civil e penal. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 35. n. 140. p. 146-147. 1998.

TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni – II. Rivista di diritto processuale. vol. XXVII (II Serie). p. 288-299. Padova: Cedam, 1972.

\_\_\_\_\_. La prueba de los hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2005

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015 (LGL\2015\1656). In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina selecionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley general del ambiente de la república argentina. Revista de Processo. vol. 167. p. 192. São Paulo: Ed. RT, 2009

VESTAL, Allan. The Restatement (Second) of Judgments: A modest dissent. Cornell Law Review. vol. 66. p. 464-509. 1981.

WASSERMAN, Howard M. Jurisdiction and merits. Washington Law Review. vol. 80. p. 643-704. 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.



YEAZELL, Stephen C. Civil procedure. 7. ed. New York: Aspen, 2008.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure. Civil justice in crisis – comparative perspectives of civil procedure. Oxford: Oxford University Press, 1999.

---

1 Este artigo nasceu por conta da disciplina Teoria Geral da Prova, ministrada na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, integrante do Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, cursada no primeiro semestre de 2016. Agradecemos aos Professores Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque, que conduziram a disciplina e suscitaram o tema no programa, bem como aos seus auxiliares, os Professores Doutores Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Clarisse Frechiani Lara Leite e Fernando Fontoura da Silva Cais, que debateram as ideias deste texto, tendo os debates travados com eles um papel fundamental na sua elaboração e posterior revisão. Agradecemos também ao colega de Doutorado Thiago Siqueira, que teve uma participação fundamental na pesquisa bibliográfica, e, igualmente, ao Marco Paulo Di Spirito, que gentilmente nos forneceu vários textos.

2 TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 47.

3 A expressão remonta a celebre escrito de Barbosa Moreira: “Conforme eloquentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. Direito processual civil. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 133).

4 BUZAID, Alfredo. A ação declaratória no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 147. DINAMARCO, Cândido Rangel. Brevíssimas considerações sobre a ação declaratória. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 1442.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1, p. 232.

6 TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão cit., p. 83.

7 Interessante a perspectiva dada por Calamandrei, em referência a debates ocorridos na arguição de tese de láurea, que a sentença que, por uma perspectiva, pode ser vista como capaz de gerar a coisa julgada sobre fatos, por outra visão, pode ser descrita como constitutiva de prova legal, que, no sentido aqui utilizado, equivaleria à noção de prova absoluta, ou seja, aquela que vincula o juízo fático do julgador e contra a qual não cabe contraprova. Cf. CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1972. p. 575-577.

8 Assim: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. Revista de Processo. vol. 92. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 52-70 (versão digital). Nesse sentido, é já célebre a seguinte lição: “La vida está formada por hechos; se discute sobre hechos; y de ellos nace el derecho; ex facto oritur ius. El puro derecho, desconectado de los hechos, no existe. El derecho que se aplica al hecho, el hecho que se subsume en el derecho, son, no fenómenos recíprocos, sino el mismo fenómeno” (SENTÍS MELENDO, Santiago. La naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. Revista dos Tribunais. vol. 462. São Paulo: Ed. RT, 1974, p. 22).



9 Similarmente: ECHANDIA, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Ed., 1972. t. I, p. 184.

10 Nesse sentido: "A possibilidade da distinção entre questão de facto e questão de direito também não se frustra, por exemplo, pelo facto de toda a conformação da situação de facto estar dirigida à resposta a uma questão jurídica fundamental, a das consequências jurídicas possíveis. A antecipação mental da apreciação jurídica daquilo que aconteceu não impede, em regra, o julgador de apreender essa ocorrência no seu ser-assim, com ajuda da experiência natural e da linguagem se constrói, bem como o de reproduzir linguisticamente, e isto, em princípio, independentemente ainda do modo como haja de ser juridicamente apreciado. Decerto que a isto se juntará de imediato a apreciação jurídica, a qual, por seu lado, pode vir a reclamar a colocação de novas questões de facto. Se bem que a colocação da questão de facto seja permanentemente motivada pela questão de direito, na maioria dos casos pode formular-se de tal modo que a questão de direito se deixa autonomizar dela" (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 436).

11 Não se desconhece a crítica à divisão entre fato e direito, certamente com ares normativistas, inservível como método de compreensão do fenômeno jurídico. Todavia, a divisão entre questões de fato e de direito tem uma função pragmática e deve ser dogmaticamente estruturada e funcionalizada. Na verdade, a linguagem jurídica não é mais do que uma variação da linguagem comum, sendo, porém, impossível negar suas particularidades, como as tem qualquer ramo do saber, entre elas os conceitos de questões de fato e de direito, que, em seu uso técnico, transformam-se e adquirem significados próprios (cf. FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. El hecho y el derecho en la casación civil. Barcelona: Bosch Ed., 1998. p. 180-181).

12 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Distinção entre questão de fato e questão de direito... p. 52-70.

13 "A distinção entre questão de facto e questão de direito perpassa todo o Direito Processual; o princípio dispositivo pressupõe especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a 'questão de facto' com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (jura novit curia). Só os factos, isto é, os estados e acontecimento fácticos são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objecto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão só de ponderação e decisão judiciais. A distinção desempenha ainda um papel importante a propósito da questão de se saber até que ponto pode uma sentença ser atacada por via de recurso de revista. Por 'factos', no sentido da contraposição face à questão de direito, devemos ainda entender processos psíquicos e acções, com abrangência do seu 'interior'; pode bem dizer-se, tudo aquilo que possui uma determinada localização no tempo" (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 433).

14 Ressalte-se que trata de expressão sem univocidade de sentido: "A palavra questão em teoria geral do processo civil é utilizada com uma série de significados. Inicialmente, questão é o ponto controvertido de fato ou de direito da qual depende o julgamento do mérito" (ARAÚJO, José Henrique Mouta. Objeto litigioso do processo: reflexões sobre o tema. In: DIDIER JR., Fredie (org.). Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 2, p. 408).

15 Nesse ponto, cabe uma ressalva esclarecedora: "Toda distinción entre hecho y derecho debe ser vista con mucha relatividad pues, los hechos que importan son los destinados a penetrar en el derecho. No se trata de que la distinción sea absoluta sino que para su posible diferenciación es necesario eliminar toda visión antitética. Cuando nos referimos a la tradicional cuestión de hecho y de derecho, con quaestio aludimos al problema, a la duda, a la Frage de los alemanes, pero nunca a la demanda, a la petitio,



el Anspruch sino al conflicto existente entre las razones opuestas en el proceso que son mantenidas por las partes. Bajo una terminología más moderna, el término *quaestione* se presenta con un significado más restrictivo pues, sirve para indicar cualquier punto dudoso, de hecho o de derecho, que forma parte del objeto de la discusión” (FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. Op. cit., p. 183).

16 “Los hechos no afirmados al menos por una parte no existen para el juzgador, pero los hechos afirmados por las dos partes (o afirmados por una y admitidos por la otra) existen para el juzgador sin que pueda desconocerlos. En un proceso regido por el principio de oportunidad, y sus consecuencias, son las partes las que delimitan el ámbito fáctico del proceso mismo, y lo pueden hacer tanto negativa, no haciendo referencia ninguna de ellas a algún hecho, como positivamente, afirmando las dos los mismo hechos” (MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 22-23).

17 Idem, p. 1119.

18 FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. Op. cit., p. 113-114.

19 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Distinção entre questão de fato e questão de direito... cit., p. 52-70.

20 Tomando a separação das questões de fato das questões de direito como um problema simplesmente impossível de ser resolvido a partir de premissas lógico-analíticas: CASTANHEIRA NEVES, António. Questão de facto-Questão de direito ou problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 250.

21 CONTE, Mario. Le prove nel processo civile. Milano: Giuffrè, 2002. p. 9. Fica patente, a partir de tais noções, que a prova volta-se para os argumentos fácticos, como bem se vê: “O fato não pode ser qualificado de ‘certo’, ‘indivíduo’ ou ‘verdadeiro’. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 97).

22 Confira-se os excelentes exemplos: “Questão de facto é o que as partes disseram aquando da celebração do contrato e o que a esse respeito uma e a outra pensaram; é questão de direito saber com que significado deve cada uma das partes deixar que valha a sua declaração, a questão da interpretação normativa das declarações de vontade. Se A causou um acidente por ter patinado numa curva numa estrada molhada, a questão de facto é o estado do pavimento e a velocidade com que A conduzia na curva; se o seu modo de condução foi, nestas circunstâncias, ‘negligente’ é questão de direito” (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 435).

23 Sobre o tema, amplamente: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. passim.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação de exibição de documentos. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. II, p. 1414-1424. Ver também: ATAÍDE JR., Jaldemiro; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Exibição de documentos: ônus ou dever da parte? In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Seleccionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 663-681.

25 Sobre o ônus da prova, já escrevemos em outra oportunidade: MACÊDO, Lucas Buril



de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. passim.

26 "Sin embargo, hay un aspecto muy importante del concepto de justicia de la decisión que afecta directamente al problema que estamos tratando; la cuestión se plantea en la medida en que, independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica" (TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 64). No mesmo sentido: ZUCKERMAN, Adrian A. S. Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure. Civil justice in crisis – comparative perspectives of civil procedure. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 3-4.

27 No sentido do texto, relacionando prova e argumentação: CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 7. Noutro sentido, mais clássico, tem-se a prova como o próprio meio para alcançar a verdade dos fatos: "Del concepto de la prueba nace el de los medios de prueba. Todo medio que puede alcanzar el doble fin de hacer conocido del Juez un hecho – es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él –, y juntamente darle la certeza de la existencia o de la inexistencia de aquel hecho, es un medio de prueba" (LESSONA, Carlos. Teoría general de la prueba en derecho civil. 2. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 7). No mesmo sentido: PINA, Rafael de. Tratado de las pruebas civiles. 2. ed. México: Porrúa, 1975. p. 38-41.

28 Passou-se a vislumbrar, em parcela da doutrina, a defesa de que a supressão do termo "livre", no novo Código de Processo Civil, levaria o sistema de convencimento judicial a um novo patamar, liberto do solipsismo e arbítrio judicial. Com todo respeito, mas solipsista e arbitrário é este posicionamento, que simplesmente ignora a compreensão que se dava ao livre convencimento pela doutrina precedente e ataca, única e exclusivamente, o termo livre, como um verdadeiro chavão capaz de fazer ignorar todo o restante do sistema processual. Com efeito, é antiquíssima a lição de que o livre convencimento motivado está sujeito a balizas e não admite qualquer inferência no sentido da ampla liberdade da valoração judicial. Veja-se, por exemplo, o seguinte texto de 1975: "El juez en el ejercicio de sus funciones está colocado no sólo bajo el imperio del Derecho. También está sujeto a las reglas de la moral, así como a las sugerencias de las máximas de la experiencia y a los standards jurídicos, que pueden y deben influir en las determinaciones de su voluntad y que no le permiten, en ningún momento, actuar arbitrariamente. El juez en el sistema de la libre apreciación no le autoriza para sacar conclusiones ilógicas, estafalarias o incongruentes, hijas de la malicia o de la anormalidad mental" (PINA, Rafael de. Op. cit., p. 71). Fazendo uma crítica certa à ideia, com amplas referências: GUERRA, Marcelo Lima. Prova judicial: uma introdução. Fortaleza: Boulezes, 2016. p. 4, especialmente nota 4.

29 Sobre a adequada fundamentação fática e seus requisitos específicos: MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 322-324.

30 Mais precisamente: "De acordo com a doutrina, só precisam ser provados os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos" (LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 32).

31 LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

p. 40. A contribuição do mestre italiano teve um papel fundamental na ciência processual e também no Código de Processo Civil 1973, como bem apontou Cândido



Rangel Dinamarco, ao afirmar que “o ponto mais intensamente ligado à obra de Liebman, acatado pelo Código de Processo Civil de 1973, consiste no conceito que fornece de coisa julgada como imutabilidade da sentença, não como seu efeito (art. 468), também no tocante aos limites objetivos da coisa julgada, o Código segue rigorosamente o pensamento liebmaniano para deixar muito claro que somente a parte decisória da sentença fica resguardada por essa imutabilidade, jamais os seus motivos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro da; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). Linhas mestras do processo civil. São Paulo: Atlas, 2004. p. 88). Em sentido diverso, Carnelutti fez duras críticas a Liebman, inclusive tomando suas ideias como não originais. Sobre isso, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 145-147.

32 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada... cit., p. 143.

33 Vale a pena salientar que a eficácia não equivale a efeitos, estes são “consequências naturais da eficácia de um determinado ato jurídico. Os efeitos relacionam-se com a produção concreta de alterações na vida das pessoas” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 147).

34 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 71-102. No referido ensaio, o processualista gaúcho realiza um retoque no entendimento liebmaniano, defendendo que “a afirmação básica de Liebman de que a coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas uma qualidade que aos efeitos se ajunta para torná-los imutáveis, pode ser aceita como verdadeira, desde que se restrinja a afirmação só à eficácia declaratória” (p. 74). No mesmo sentido, em dura resposta a Barbosa Moreira: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163-183. De modo semelhante, afirmando que “A função declaratória da sentença, ou prepondere (ações declarativas), ou seja apenas relevante (ações condenatórias, mandamentais, ou outras) é condição sine qua non da coisa julgada material”, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V, p. 100.

35 Cf. NEVES, Celso. Coisa julgada civil. São Paulo: Ed. RT, 1971. p. 384-385. Em crítica à classificação doutrinária: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas cit., p. 147-149.

36 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 84-85.

37 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada... cit., p. 172-173.

38 “Por “limites objetivos” da coisa julgada entende-se a problemática relativa aos pontos da sentença sobre os quais descerá a auctoritas rei judicatae. Visto que a coisa julgada responde a um reclamo de política judiciária (o que explica sua diversa ordenação nos diferentes sistemas jurídicos) e, de outra parte, considerando-se que a cristalização do julgado é uma consequência social e jurídica muito relevante, compreende-se que o legislador se preocupe em circunscrever os limites de projeção desse fenômeno (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, ‘collateral estoppel’ e eficácia preclusiva ‘secundum eventum litis’. Revista dos Tribunais. vol. 608. São Paulo: Ed. RT, p. 26).

39 Esse é, por exemplo, o entendimento de Liebman, embora o mestre italiano vislumbrasse tal limitação a partir da noção que o dispositivo deve ser compreendido em



seu sentido substancial, e não formalístico, abarcando não apenas a frase final da sentença, mas qualquer outro conteúdo no qual o juiz tenha provido sobre os pedidos, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 58-59.

40 Ao dispositivo soma-se a previsão de que não há coisa julgada sobre “a verdade dos fatos” (art. 504, II). Este último dispositivo já foi considerado inútil, pois estaria compreendido pela motivação: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 92. Todavia, embora o jurista carioca estivesse com toda razão ao tempo em que escreveu, parece que a lição não pode ser repetida no Código de 2015, diante da função de frear a transposição do art. 503, § 1.º, para os fatos.

41 CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244-248.

42 Sobre o tema: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50-62. Criticando o posicionamento da limitação em relação apenas ao que foi expressamente pedido, por reputá-lo privatista: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusão dinâmicas cit., p. 150-156.

43 TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão cit., p. 83.

44 Como será visto mais adiante, a regra tem inspiração no direito estadunidense. Há muito, Michele Taruffo escreveu dois textos, o primeiro realizando uma profunda análise do direito norte-americano, e, no segundo, defendeu a interpretação do direito italiano de modo similar ao collateral estoppel, inclusive permitindo a coisa julgada sobre questão de fato: TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni – II. Rivista di diritto processuale. vol. XXVII (II Serie). Padova: Cedam, 1972, p. 288-299. Todavia, a sua interpretação não foi institucionalizada. Afirmando que não há tal coisa julgada sobre questão prejudicial no direito italiano: BONATO, Giovanni. Op. cit., p. 121-143.

45 “Exemplo desse tratamento desordenado vê-se no Código de Processo Civil de 1939, que utilizava como sinônimos os termos preliminar e prejudicial para referir quaisquer ‘questões prévias’ de mérito. Na mesma linha, o código processual civil italiano até hoje baralha os conceitos, falando em questioni pregiudiziali attinenti al processo, questione pregiudiziali e questioni preliminari di merito” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prejudicialidade no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 40). Acerca dos problemas interpretativos que gerava, não se chegando sequer a afirmar definitivamente a existência da coisa julgada sobre questões: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 29-30.

46 Contrariamente a esta ideia, defendendo não haver parâmetros para a issue preclusion, pelo que a coisa julgada sobre questão seria, no direito processual pátrio, instituto desconhecido: ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. Revista de Processo. vol. 132. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 80.

47 Todavia, isso não significa, necessariamente, a sua extinção. Realmente, há bons argumentos para a sua permanência no sistema processual, nada obstante a inexistência de seu procedimento no Código – como se deu com a ação de usucapião. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina selecionada – Procedimento comum. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 791-792. Também entendendo pela permanência da ação declaratória incidental, porém de modo mais restritivo: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 503. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.).



Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1295-1297.

48 Há quem defenda que, sob a égide do Código de Processo Civil revogado, a prática seria a resolução de questões prejudiciais principaliter tantum, pelo que a disposição do Código de Processo Civil de 2015 seria uma demonstração de sobreposição da prática às lições teóricas: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André Gustavo. Eficácia executiva das decisões judiciais e extensão da coisa julgada às questões prejudiciais; ou o predomínio da realidade sobre a teoria em prol da efetividade da jurisdição. Revista de Processo. vol. 254. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 144-147.

49 Apontando a contradição entre esta previsão e a proibição constante do art. 504: GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil – Reflexões inspiradas na experiência norte-americana. Revista de Processo. vol. 194. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 134. Entendendo, sem razão, que a nova regra impõe a decisão de tais questões principaliter tantum: CÂMARA, Alexandre Freitas. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656). Doutrina selecionada – Procedimento comum. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 702-703.

50 BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. Revista de processo comparado. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 121-143 (versão digital).

51 Para uma avaliação do trâmite legislativo e das várias posições acerca do novo instituto: DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): Conceitos e limites objetivos. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Selecionada – Procedimento comum. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 823-834.

52 Confirma-se a avaliação dogmática das questões que o novo dispositivo traz em: DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada... cit., p. 783-793. Tratando das duas problematizações: RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 252. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 91-98.

53 Problemas lembrados por CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 503 cit., p. 1294-1295.

54 BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. Revista de direito privado. vol. 24. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 55.

55 Fala-se em desenvolvimento porque ele já fora concebido, antes, no processo germânico. Sobre o nascimento do instituto, conferir: TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 276-279.

56 "Diz-se prova plena a que se faz por tantos e tais meios que bastam para certificar o fato que se controverte" (SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1, p. 60).

57 BIANCHI, Leonardo. Op. cit., p. 58-59.

58 Inclusive, assim como Taruffo, Francisco Verbic identifica as origens remotas do instituto no direito germânico, nos seguintes termos: "A diferencia de lo ocurrido con la claim preclusion, la doctrina de la issue preclusion ingresó al sistema legal inglés desde el ordenamiento germánico. En el marco de este último los procesos eran antiguamente



caracterizados por el hecho de poner un fuerte énfasis en los procedimientos, los cuales eran controlados mayormente por las partes involucradas en el conflicto. En general, los juicios no eran concluidos por medio de los fallos de las cortes sino por las públicas, solemnes e irrevocables declaraciones de los propios litigantes. De allí que originariamente el estoppel prohibía a una persona contradecir lo que había afirmado previamente y también connotaba que una parte se encontraba limitada por sus propias admisiones" (VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley general del ambiente de la república argentina. Revista de Processo. vol. 167. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 192).

59 "The original conception of issue preclusion was not res judicata as to the litigation of an issue; it was estoppel by record. A party to a judicial proceeding was estopped to controvert the matters in the "record". The matters in the record were those averred by witnesses or attested by the jury in its verdict. Estoppel therefore was predicated on what as averred by the lay participants, not what the court decided" (HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: The legal system's interest. Iowa Law Review. vol. 70. 1984, p. 85).

60 Assim: TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 654. ALVIM, Artur da Fonseca. Op. cit., p. 76. No mesmo sentido: SOARES, Marcos José Porto. O collateral estoppel no Brasil. Revista de processo. vol. 211. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 117. Destacando que collateral estoppel equivale ao tema coisa julgada sobre questões: MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. vol. 249. São Paulo: Ed. RT, p. 342.

61 LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 37.

62 Não deixa de causar certa perplexidade, diante desta justificativa histórica, o fato de que, atualmente, exige-se o "efetivo contraditório", assim como no novo sistema processual brasileiro, eis que a admissão ou mesmo confissão realizada pela parte poderia, como de fato o é no direito estadunidense, ser tomada como ausência de contraditório efetivo quanto à "questão" fática, mas, ainda assim, há completa contradição na atuação de um mesmo sujeito que, diante de um processo, admite ou confessa o fato, e, no outro, nega sua existência. Dessa forma, parece que o desenvolvimento do instituto acabou por torná-lo, neste exato sentido exposto, contraditório com sua justificativa histórica. Todavia, atualmente, no direito estadunidense, o valor da confissão ou admissão em processo prévio é de prova prima facie, como se esclarece em: HAZARD JR., Geoffrey C. Revisiting the Second Restatement of Judgments: Issue preclusion and related problems. Cornell Law Review. vol. 66. 1981, p. 577-578.

63 VERBIC, Francisco. Op. cit., p. 192-193.

64 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001. p. 5.

65 JONES, Karen L. Still fair after all these years? How claim preclusion and issue preclusion should be modified in cases of copyright's fair use doctrine. University of California Law Review. vol. 58. 2011, p. 1089.

66 Há quem afirme sua incidência também sobre questões resolvidas no transcorrer do processo: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 36.

67 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Op. cit., p. 113. Isso faz com que alguns afirmem se tratar de instituto ainda mais atraente nos dias de hoje, diante de sua função de impedir a litigância: RICHARDSON, Eli J. Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel. Mississippi Law Journal. vol. 65. 1995, p. 42.



68 Na verdade, o collateral estoppel tem uma série de funções: "The common-law doctrine of collateral estoppel serves several purposes. Specifically, collateral estoppel is intended to accomplish the following: conserve judicial resources, preserve 'the integrity of the court' by preventing inconsistent resolution of issues, promote 'finality of judgments', protect defendants from repetitive litigation, ensure that winning 'party should not have to fight anew a battle it has already won', and promote 'conclusive resolution of disputes'. Although articulated differently, these objectives often overlap one another and have much in common. Each constitutes either a consequence or a cause of reduced litigation, which may be considered the general objective of collateral estoppel" (RICHARDSON, Eli J. Op. cit., p. 44-45). No mesmo sentido, falando da claim e da issue preclusion: "The rationales for these doctrines include efficiency in the form of preserving court resources, finality in the form of respecting court decisions, and fairness in the form of providing consistent and predictable judgments and protecting individuals from unending litigation" (JONES, Karen L. Op. cit., p. 1083).

70 ALVIM, Artur da Fonseca. Op. cit., p. 78.

71 Nesse ponto, é fundamental a distinção entre as várias eficácias que a sentença pode produzir. Embora o problema transborde aos limites da presente pesquisa, cumpre trazer o seguinte esclarecimento: "In linea generale, nel processo nordamericano la sentenza di merito passata in giudicato produce una serie di effetti, diversi tra loro quanto all'oggetto e all'ambito in cui si manifestano: 1) la pronuncia sul principio di diritto che regola il caso ha efficacia di precedente, limitatamente a ciò che costituisce la ratio decidendi e secondo le regole proprie dello stare decisis; 2) la decisione di una questione di diritto può costituire la law of the case, ossia rimanere immutabile all'interno del processo qualora esso prosegua per la decisione di altre questioni; 3) la sentenza sul merito ha effetto di res judicata in senso stretto in quanto è precluso il riesame della lite in un secondo processo tra le stesse parti e sulla stessa cause of action. L'azione è merged se l'attore ha prevalso, mentre è barred se ha prevalso il convenuto; 4) la sentenza dà luogo, infine, al collateral estoppel, in quanto è precluso, in un successivo processo vertente su una diversa cause of action, il riesame di issues che siano già state decise con pronuncia passata in giudicato" (TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 652-654).

72 YEAZELL, Stephen C. Civil procedure. 7. ed. New York: Aspen, 2008. p. 694.

73 Cf. NESIN, Seth. The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle. New York University Law Review. vol. 76. 2001, p. 879.

74 Os contornos da claim preclusion norte-americana, que é o instituto mais próximo da coisa julgada como conhecida no Brasil, são bem distintos dos traçados aqui. Lá, as várias causas de pedir são consideradas preclusas (barred), mesmo que não deduzidas. Inclusive, chega-se a exemplificar com danos não pleiteados por inexistente ou não conhecidos no momento da demanda, desde que decorrentes do mesmo fato que embasou a primeira. Nesse sentido: CAVANAGH, Edward D. Issue preclusion in complex litigation. The Review of Litigation. vol. 29. 2010, p. 860-861.

75 "The twin doctrines of res judicata and collateral estoppel seek to prevent unnecessary multiple litigation. Res judicata bars a second suit between the same parties or their privies when the same cause of action either was or could have been litigated in an earlier lawsuit which culminated in a final judgment on the merits.' The New Mexico Supreme Court sometimes refers to this doctrine as "claim preclusion" because, when it applies, it bars the second claim from proceeding at all.<sup>2</sup> Collateral estoppel does not bar a second lawsuit; it merely precludes relitigation of certain issues in the second suit, if those issues were once litigated and necessarily determined in an earlier lawsuit.' The supreme court uses the phrases "collateral estoppel" and "issue preclusion" interchangeably when referring to this doctrine" (OCCHIALINO, M. E. The



impact of non-mutual collateral estoppel on tort litigation involving several liability. *New Mexico Law Review*. vol. 18. 1988, p. 559. Igualmente: HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law'... cit., p. 81. Ainda sobre a distinção entre claim e issue preclusion, consta no Restatement (Second) of Judgments: "In the absence of a statute or rule of court otherwise providing, the defendant's failure to allege certain facts either as a defense or as a counterclaim does not normally preclude him from relying on those facts in an action subsequently brought by him against the plaintiff.... The failure to interpose a defense to the plaintiff's claim precludes the defendant from thereafter asserting the defense as a basis for attacking the judgment (see § 47 [§ 18]). But the defendant's claim against the plaintiff is not normally merged in the judgment given in that action, and issue preclusion does not apply to issues not actually litigated (see § 68 [§ 27]). The defendant, in short, is entitled to his day in court on his own claim".

76 TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 657.

77 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*. vol. 230. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 82.

78 CAVANAGH, Edward D. Op. cit., p. 865.

79 Sobre o Restatement of Judgments, pode-se afirmar que "é uma publicação cuja finalidade é expor de forma sistemáticas as regras do common law dos Estados Unidos. Trata-se de obra coletiva, produzida pelo American Law Instituto (ALI), 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" (GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p. 111-112).

80 KLEIN, Christopher. Principles of preclusion and estoppel in bankruptcy cases. *The American Bankruptcy Law Journal*. vol. 79. 2005, p. 844-845. Inclusive, acerca do prestígio que o Restatement (Second) galgou nos tribunais, mais adiante afirma o autor: "In the decades since 1980, the Supreme Court has embraced the Restatement (Second) as stating the basic federal law of preclusion and has consistently urged courts to use the terms claim preclusion and issue preclusion, rather than res judicata and collateral estoppel, as they apply Restatement (Second) analysis. As a result, federal preclusion precedents regarding the effect of orders and judgments of federal courts, including bankruptcy courts, need to be construed in light of the principles articulated in the Restatement (Second)" (p. 845).

81 Esses requisitos são os do sistema processual federal, consoante se vê nos seguintes precedentes: *Anderson vs. Genuine Parts Co.*, 128 F.3d 1267, 1273 (8th Cir. 1997); *Aircraft Braking Sys. Corp. vs. Local 856, UAW*, 97 F.3d 155, 161 (6th Cir.1996); *Monarch Life Ins. Co. vs. Ropes & Gray*, 65 F.3d 973, 978 (1st Cir. 1995); *Gjellum vs. City of Birmingham*, 829 F.2d 1056, 1059 n.4 (11th Cir. 1987); *Gelb vs. Royal Globe Ins. Co.*, 798 F.2d 38, 44 (2d Cir. 1986); *Garza vs. Henderson*, 779 F.2d 390, 393 (7th Cir. 1985); *Bulloch vs. Pearson*, 768 F.2d 1191, 1192 (10th Cir. 1985); *White vs. World Fin. of Meridian, Inc.*, 653 F.2d 147, 151-52 (5th Cir. 1981), apontados em: BAKER, Jonathan Scott. The use of sentencing findings as a collateral estoppel weapon in subsequent civil litigation. *Notre Dame Law Review*. vol. 85. n. 67. 2010, p. 722. Semelhantemente: MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente... cit., p. 342.



82 Outro requisito que se poderia elencar seriam os procedimentais, referentes à legitimidade das partes e a competências para decidir. Todavia, já existem manifestações que, quanto à questão da competência, vem alargando esse requisito, de modo a permitir a issue preclusion quando a primeira decisão advir de órgão administrativo ou da arbitragem, especialmente nas cortes nova-iorquinas. Sobre o problema: 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. 1986, p. 63 e ss.

83 "A apuração dessa identidade é realizada de forma essencialmente pragmática, mediante a ponderação dos seguintes critérios: a) coincidência entre as provas apresentadas em ambos os processos para a elucidação da questão; b) a coincidência dos argumentos jurídicos apresentados pelas partes; c) a possibilidade de a questão surgida no segundo processo ser decidida mediante aplicação das mesmas normas jurídicas invocadas na decisão do primeiro; d) o grau de afinidade existente entre os dois processos; e) se, diante do estreito liame existente entre as situações jurídicas postas como objeto de cada um dos processos, seria razoável supor que as alegações referentes à questão apresentadas no segundo processo poderiam ter sido apresentadas no primeiro" (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 37).

84 Essa foi a opção expressa do Restatement (Second) of Judgments, criticada, por exemplo, em: VESTAL, Allan. The Restatement (Second) of Judgments: A modest dissent. *Cornell Law Review*. vol. 66. 1981, p. 464-509. Para Vestal, as questões admitidas ou impugnadas inadequadamente deveriam ser abrangidas também pela preclusão, citando precedentes que autorizariam esta conclusão. A crítica foi respondida em: HAZARD JR., Geoffrey C. Revisiting the Second... cit., p. 574-584. A resposta, inclusive, aponta que os precedentes citados em sentido contrário ao Restatement foram mal interpretados, pois, apesar do uso linguístico no sentido defendido pelo crítico, a sintaxe levaria à conclusão no sentido de que a questão haveria de ser posta a efetivo contraditório, bem como, em outros precedentes, a afirmação utilizada por Vestal seria mero obiter dictum.

85 YEAZELL, Stephen C. Op. cit., p. 694-695. O autor, com base nesse requisito, aponta a impossibilidade de transposição da issue preclusion em julgamento cível para o penal, pois neste requer-se um standard probatório maior, prove beyond doubt, enquanto, naquele, o padrão probatório é bem mais relaxado, preponderance of evidence.

86 "For purposes of issue preclusion, as opposed to claim preclusion, the requirement of a final judgment is relaxed to include a 'prior adjudication of an issue that is determined to be sufficiently firm to be accorded conclusive effect' so long as it was eligible for appellate review" (KLEIN, Christopher. Op. cit., p. 846).

87 Sobre a figura, cf. HAZARD JR., Geoffrey C. Revisiting the Second... cit., p. 564-565.

88 KLEIN, Christopher. Op. cit., p. 850. Noutro sentido, apontando a necessidade de julgamento final no mérito: TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 666. Também: NESIN, Seth. Op. cit., p. 874-875. Nesin destaca que os precedentes sobre a matéria vinculam a ideia de finalidade à de possibilidade de recorrer da questão, e, no sistema americano, as decisões interlocutórias, em regra, apenas podem ser objeto de appeal após a decisão final. O autor cita, mais à frente, o caso *Lummus Co. vs. Common Wealth Oil Refining Co.*, de 1961, que estabelece que um julgamento que não seja final seja assim considerado para precluir a litigância de questão, deve se considerar a natureza da decisão, a adequação do contraditório e a "opportunity for review" (p. 886).

89 Taruffo deixa claro que o conceito não é semanticamente seguro, isto é, não é unívoco, especialmente mediante a sua problematização: não é improvável que um passo, embora necessário para decisão, não seja um fundamento necessário para ela. Esse problema, no entanto, conforme esclarece, não é abordado na doutrina ou



jurisprudência norte-americana. Cf. TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 670-671.

90 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Op. cit., p. 127.

91 Esse requisito varia, estando presente nas Cortes federais mas não em todos os estados, cf. KLEIN, Christopher. Op. cit., p. 851.

92 Parklane Hosiery Co. vs. Shore, 439 U.S. 322, 327 n.7 (1979).

93 Wolfson vs. United States, 336 F. App'x 792, 794 (10th Cir. 2009). Os dois precedentes são mencionados em: JONES, Karen L. JONES', p. 1084.

94 TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 663, 667 e 668-669.

95 Cf. YEAZELL, Stephen C. Op. cit., p. 707-710.

96 NONKES, Steven P. Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. Cornell Law Review. vol. 94. 2009, p. 1462. O autor traz uma excelente reconstrução histórica da regra e da gradativa criação de exceções (1462-14).

97 SOARES, Marcos José Porto. Op. cit., p. 121.

98 NONKES, Steven P. Op. cit., p. 1466. Igualmente: MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente... cit., p. 342.

99 SOARES, Marcos José Porto. Op. cit., p. 121.

100 Sobre esse precedente: "In Parklane Hosiery Co. vs. Shore, the Supreme Court held that even offensive use of nonmutual collateral estoppel is possible in federal courts. The Court further held that, even when the prior adjudication did not allow for a jury, the Seventh Amendment right to a jury trial in civil suits was not necessarily violated by application of nonmutual collateral estoppel, even though the party would otherwise have had a right to have a jury in the present action. Shore, a stockholder, sued Parklane, alleging that it had issued false financial statements. While that action was pending, the SEC sued Parklane and won declaratory judgment against the company. Shore then moved for partial summary judgment, asserting that Parklane was estopped from relitigating the issues that had been decided in the SEC litigation. The Supreme Court held that Parklane could be subject to nonmutual collateral estoppel, stating that "the preferable approach for dealing with [problems arising from nonmutuality] in the federal courts is not to preclude the use of offensive collateral estoppel, but to grant trial courts broad discretion to determine when it should be applied." The Court mentioned several arguments against offensive use of nonmutuality, but concluded that they did not apply in this case because Shore could not have joined the prior action, the company had ample incentive to litigate fully against the SEC, civil suits were not only foreseeable but were actually in progress when the SEC litigation took place, and the procedural differences primarily a jury – would not have yielded a different result" (NONKES, Steven P. Op. cit., vol. 94. 2009, p. 1466-1467).

101 Há, no entanto, o trabalho com a categoria, embora sem uma preocupação em defini-la rigidamente. A título de exemplo, o debate sobre a qualificação das issues of fact é especialmente problemático ao se tratar de sua categorização, que pode levar à jurisdiction, decisão sumária proferida de imediato, ou à análise do merit, na qual o julgamento passa pela segunda e terceira fases, normalmente sendo resolvido pelo júri. Sobre essa problemática: WASSERMAN, Howard M. Jurisdiction and merits. Washington Law Review. vol. 80. 2005, p. 643-704.

102 HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law'... cit., p. 85.



103 Sobre o “efeito preclusivo” das decisões sobre as questões fáticas e sua formação no direito estadunidense, com especial preocupação no caso da transposição de decisões criminais para o âmbito civil: BAKER, Op. cit., p. 717-728.

104 “As a matter of epistemology, a court cannot decide what the disputed facts “are”, nor can it finally fix what the law “is”. The facts in a legal dispute usually are past events that, having occurred in their own time and circumstance, now are eclipsed by succeeding events and exist only in partial and partisan memories. When an injunction is under consideration, the relevant events are prospective and in a strict sense wholly imaginary. A court therefore does not “find” facts. It postulates them by an official process – a trial, in which the legal system pronounces on the basis of imperfect evidence what will be considered perfect truth. The transformation from indeterminacy to certainty is presented as empirical inquiry and discovery, and indeed, a trial involves both inquiry and discovery. But the transformation into certainty also entails an unavoidable element of official fiat and thus an institutional and political element. The facts are as the court says they are. The ultimate reason why the court’s ipse dixit prevails is because the pronouncement is ex officio and the political sovereign has said through organic law the judicial pronouncements shall prevail” (HAZARD JR., Goeffrey. Preclusion as to issues of law’... cit., p. 83).

105 Cf. BAKER, Jonathan Scott. Op. cit., p. 722-723. O autor, no entanto, defende que, de acordo com os precedentes da Suprema Corte acerca da sexta e sétima emenda, bem como por razões finalísticas ligadas ao estoppel, não há sustentação na transposição da litigância acerca de questão fática do juízo criminal como issue preclusion para o juízo cível (p. 729-744). Noutra perspectiva, Ackerman defende que o ônus da prova deve ser imputado àquele que litiga contra uma questão resolvida no juízo criminal (ACKERMAN, Wystan M. Precluding defendants from relitigating sentencing findings in subsequent civil suits. Columbia Law Review. vol. 101. 2001, p. 128 e ss.). Parece, no entanto, que a proposta deste autor é muito mais ligada à atribuição de valor probatório à decisão do que, propriamente, ao collateral estoppel.

106 GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p. 113.

107 Entendendo não haver similaridade entre os sistemas processuais estadunidense e brasileiro no trato da coisa julgada: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada... cit., p. 79-80.

108 Em sentido contrário, avaliando comparativamente os sistemas processuais brasileiro conforme o Código de Processo Civil de 1973 e estadunidense, Mancuso afirma: “Nos dois ordenamentos parece existir, embora com certas refrações específicas, a preocupação de fazer com que a coisa julgada, propriamente dita, opere sobre a lide no sentido próprio da palavra, evitando-se a cristalização das demais “questões-satélites”, ainda quando estas tenham sido utilizadas, incidendo tantum, para compor o caminho lógico que conduziu à solução do âmago da demanda” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 31).

109 Sobre o conceito, é possível afirmar que “é uma relação entre dois postulados, de modo que a solução dada a um deles tem o poder de influir na solução do segundo. Assim, por exemplo, sempre que para solucionar o postulado B tenha o juiz de determinar, antes, a solução do postulado A, e este influa na resolução daquele, será possível afirmar que entre A e B existe uma relação de prejudicialidade, em que A é prejudicial e B é prejudicado” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 699). Mais detidamente, sobre o tema, conferir: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Op. cit., passim. DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada... cit., p. 784-788. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada cit.



110 TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 282-284.

111 DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada... cit., p. 790.

112 Apontando que textos idênticos, em diferentes culturas, tendem a ser aplicados judicialmente com diferenças significantes: LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'legal transplant'. Maastricht journal of European and comparative law. n. 4. Maastricht, 1997. p. 115-117.

113 Essa parece ser a opção tradicional em quase todos os ordenamentos jurídicos. Para uma análise comparada da ação declaratória: CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 215-220. Ver também: BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 63-106. Este processualista deixou tal inviabilidade muito clara, afirmando que "o objeto da ação declaratória não pode ser um simples fato, ainda que juridicamente relevante. Não se pode declarar que se concluiu um contrato e sim que existe um contrato válido; não que Tício haja praticado um delito, mas que ele é responsável pelos danos; não que seja defeituosa certa mercadoria, mas que se tem direito de devolvê-la; não que Caio tenha sido admitido numa sociedade, mas que é membro dela; não que haja verificado coabitação de Mévia e Semprônio, mas que Semprônio é pai natural. Uma ação destinada à declaração de qualquer destes fatos jurídicos deve interpretar-se, possivelmente, como destinada na realidade a declarar a relação (p. 149).

114 YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 265.

115 "Il documento, pertanto, è quella res, normalmente cartacea, che contiene la descrizione di un determinato fatto, al fine di rappresentarlo in avvenire" (CONTE, Mario. Op. cit., p. 84).

116 REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil. Buenos Aires: Ejea, 1957. vol. I, n. 118.

117 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao art. 436. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1114.

118 CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 233. Ainda quanto ao seu surgimento, parece que a possibilidade de declaração de autenticidade ou falsidade veio a ser permitida diante da imputação de força probante absoluta a alguns documentos. Nesses casos, ou se desfazia o documento como um todo ou o fato jurídico estaria provado – e, portanto, provavelmente se perderia a demanda. Daí a relevantíssima função da "querela de falso", que, em ultima ratio, significava a vitória ou derrota em uma ação na qual a prova plena estivesse presente. Tal percepção se tira das lições constantes em: SATTA, Salvatore. Direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 332.

119 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova cit., p. 693.

120 Fundou-se grande polêmica doutrinária acerca dos limites da arguição de falsidade, tendo a parcela majoritária da doutrina encampado a tese restritiva, no sentido de que apenas a falsidade material é que pode ser veiculada por meio deste instrumento. Há, no entanto, outra parcela doutrinária que defende ser possível também a arguição de falsidade ideológica. O tema vai além dos propósitos desta pesquisa. Sobre a contenda doutrinária, com amplas referências, conferir: MARINHO, Rodrigo Saraiva; ROMÃO, Pablo Freire. A arguição de falsidade documental no Código de Processo civil de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina selecionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 715-721.

121 "A declaração da veracidade ou falsidade de um documento é um caso único e



excepcional em que a lei brasileira admite a ação declaratória de algum fato (art. 4.º, II). Tal hipótese, assim estrita e bem tipificada, não comporta ampliações. No direito italiano tudo isso é tão pacífico que sequer existe a necessidade de a lei delimitar a admissibilidade e área de admissibilidade do accertamento mero” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Brevíssimas considerações sobre a ação declaratória... cit., p. 1441).

122 Há célebre contenda doutrinária acerca da efetiva limitação da coisa julgada às partes, tendo Chiovenda defendido tratar-se de coisa julgada erga omnes, diante do efeito constitutivo da sentença; posicionamento ao qual se contrapôs Carnelutti, que, por sua vez, acusou o entendimento de ser “superficial”, e tomou a coisa julgada, na autenticidade ou falsidade do documento, como incidente sobre uma relação jurídica. Muito embora o tema seja muito interessante, ele perpassa o objeto deste trabalho, parece-nos, no entanto, que, embora Carnelutti equivoque-se ao falar ser uma coisa julgada sobre relação jurídica – e não sobre fato –, trata-se de coisa julgada com eficácia inter partes, ou seja, respeitando os limites comuns da coisa julgada (art. 506 do CPC (LGL\2015\1656)); o que, em nosso entendimento, alcança os terceiros é a eficácia natural da sentença, isto é, a projeção do efeito constitutivo subjacente, que leva à desconstituição do documento, tornando-o inexistente como tal e, por isso, acaba por impactar em terceiros. Sobre a controvérsia histórica e os limites subjetivos da coisa julgada na decisão que declara a autenticidade ou falsidade de documento, a partir de uma excelente análise e chegando à conclusão de que os posicionamentos de Chiovenda e Carnelutti não eram tão distintos assim, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova cit., p. 694-699.

123 Em sentido contrário: MILHOMENS, Jônatas. A prova no processo. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 440.

124 Sobre a transposição de coisa julgada fática penal ao cível, analisando as perspectivas teóricas que foram dadas à questão: DENTI, Vittorio. I giudicati sulla fattispecie. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. anno XI. n. 3. Milano: Giuffrè, 1957, p. 1326-1350.

125 Em sentido contrário, propondo que fatos possam ser objeto de declaração judicial: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 447 e ss. Por se tratar de proposta que não recebeu acolhida institucional, ela não pode ser abordada como uma hipótese de coisa julgada sobre fato. Nesse sentido, apontando a falta de acolhida da ideia no Brasil ou e na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo: YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 264.

126 CASTRO, Torquato. Ação declaratória. 3. ed. Recife: UFPE, 1971. p. 115.

127 Apontando a vontade política como determinante para coisa julgada sobre fatos: DENTI, Vittorio. Op. cit., p. 1331-1333.

128 Nesse sentido, avaliando a possibilidade de ação para declaração de fato, visualiza-se que talvez “a declaração de mero fato se mostre realmente útil ao sistema nas hipóteses, aparentemente menos frequentes, nas quais o fato a ser declarado esgote o teor da controvérsia. Para além da hipótese da falsidade ou autenticidade de documento, entre nós expressamente excepcionada pelo art. 4.º, I, do CPC (LGL\2015\1656), é pensar, por exemplo, na prova pericial hematológica e a negação da paternidade. Com efeito, aí, pedir a declaração do fato – inexistência da paternidade – é esgotar tudo quanto se pudesse dele extrair. Na verdade, fato e relação jurídica praticamente se confundem. Ao mesmo tempo, nessa hipótese em especial, a prova técnica, ainda que não vigore o sistema de prova legal, é o elemento decisivo para a conclusão que se pretende. Contudo, hipóteses assim episódicas não parecem ser suficientes para levar a alterar uma opção já consolidada” (YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 269).



129 Lembra o ponto, com referência à “ação declarativa de mero fato” do direito português: YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 264.

130 Sobre as críticas, em sua inteireza, cf. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p. 114-119.

131 Nesse sentido, ver: HEISER, Walter W. California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine. San Diego Law Review. vol. 35. 1998, p. 509 e ss., especialmente destacando a problemática da interpretação dos termos “issues actually litigated and determined” presentes no Restatement Second of Judgments.

132 RICHARDSON, Eli J. Op. cit., p. 44. Igualmente: GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p. 111-113.

133 Demonstrando o impacto da regra na igualdade entre os litigantes: NONKES, Steven P. Op. cit., p. 1469-1473. No mesmo sentido: GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p. 123. MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente... cit., p. 343. Aliás, a própria Supreme Court norte-americana já decidiu que o uso ofensivo da issue preclusion contra o governo afetaria significativamente a possibilidade de litigar em milhares de outros casos, o que não seria válido: cf. United States vs Mendoza (1984) e o respectivo apontamento em: HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law... cit., p. 88-89. Note-se que não são poucas as críticas doutrinárias que são feitas ao precedente, reputando-o equivocado seja em sua essência ou seja em seu alcance, e, do mesmo modo, são várias as decisões judiciais em crítica ao padrão decisório, inclusive realizando distinções, criando exceções, que em tese não seriam viáveis. Sobre isso, cf. nonmutual issue preclusion against states. Harvard Law Review. vol. 109. 1996, p. 793-796.

134 Sobre essa técnica processual: “Mandatory joinder requires plaintiffs to join their claims together in a single suit – under mandatory joinder, plaintiffs who could have participated, but did not, will find their claims barred. The result is that common matters will be tried all at once. Making all determinations in a single action maximizes efficiency and minimizes the danger of inconsistent results. At the same time, the unfairness that results from nonmutuality – that plaintiffs may benefit from a favorable determination in an action by a prior plaintiff without danger of being bound by an adverse determination – is eliminated (or at least reduced). Under a regime of mandatory joinder, all plaintiffs may benefit from the result, but, simultaneously, all will be bound by the result. Mandatory joinder ‘restores procedural neutrality by equating the parties’ litigating risk, [and] nicely demonstrates by contrast the most serious defect of nonmutuality, the destruction of procedural neutrality’ (NONKES, Steven P. Op. cit., p. 1477). Ver também: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Op. cit., p. 185-187. Este texto defende a medida como uma saída para as desvantagens a regra permissiva da não mutualidade. Por outro lado, Steven Nonkes aponta que a mandatory joinder tem alguns defeitos, sobretudo a complexidade e a reunião atabalhoada de questões que não são comuns

135 Sobre isso, ver: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Op. cit., p. 176.

136 NESIN, Seth. Op. cit., p. 875-876.

137 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Op. cit., p. 176.

138 NONKES, Steven P. Op. cit., p. 1459-1490.

139 Cf. SHAPIRO, David L. Civil procedure: preclusion in civil actions. St Paul: Foundation Press, 2001. p. 11-12. Debatendo o então projeto de novo Código de Processo Civil, inclusive, tais problemas foram apontados e chegou-se a propor a rejeição da coisa julgada sobre questões ou, no mínimo, a adequação do instituto – que,



no projeto, não continha todos os requisitos que a issue preclusion possui: GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p. 128-136.

140 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada... cit., 2014, p. 88.

141 Defendendo que foi esta, realmente, a solução dada pelo Código, porém discordando quanto a sua adequação: RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Op. cit., p. 99-101. Afirma o autor: "Se a intenção era otimizar o processo, evitar novas discussões e impedir decisões conflitantes, a imunização das questões fáticas seria muito mais eficiente do que a imunização das questões jurídicas. Como regra, a imunização das questões jurídicas impede novas demandas relacionadas à anterior; e também, como regra, dificilmente são renovadas. Após ver seu pedido julgado improcedente, é improvável que o autor proponha nova demanda contra o réu com fundamento no mesmo contrato considerado inválido previamente. Por outro lado, a imunização dos fatos traria resultados muito mais concretos. Basta pensar na hipótese em que o réu coagido propõe demanda por danos morais contra o autor. Em vez de aproveitar a decisão que já reconheceu a coação, terá que se submeter a nova fase instrutória, nova valoração fático-probatória pelo juiz etc. E com o risco de ver a mesma coação, reconhecida no primeiro processo, afastada no segundo" (p. 100). Os argumentos para a revisibilidade relativa das questões fáticas são postos adiantes, mas, além disso, é preciso esclarecer que nenhum dado sustenta a afirmação que há maior relitigância de questões fáticas do que jurídicas. Assim como é improvável novo litígio sobre as mesmas questões jurídicas, é igualmente pouco provável que se litigue sobre os mesmos fatos reconhecidos. E se assim ocorrer, existem técnicas que criam forte pressão no sentido de que se chegue ao mesmo juízo fático-probatório, sem a solução estática da coisa julgada, que não preserva o direito à participação, notadamente relevante em caso de novas possibilidades probatórias.

142 TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 278-279.

143 HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law' cit., p. 83-84.

144 Nesse sentido: "When a court retries an issue of fact, it makes the new determination on a different evidentiary predicate. When it retries an issue of law, however, it proceeds on the same verbal and circumstantial predicates that were involved in the first instance. Purely epistemological considerations offer considerable justification for a judicial change of mind regarding decision of an issue of fact. They offer none regarding the decision of an issue of law. Moreover, institutional considerations militate more strongly against a judicial change of mind about the law compared to a change of mind about the facts. In redeciding an issue of fact, the court can say that its previous decision had been ill-informed. In redeciding an issue of law, the court must say that its previous decision had been ill-considered. Yet paradoxically, once determined, an issue of law may be more easily reopened than an issue of fact" (HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law'... cit., p. 83-84).

145 TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel"... cit., p. 278-279.'

146 Há muito, propôs solução nesse mesmo sentido: BENTHAM, Jeremy. The rationale for evidence. The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: Simpkin Marshal & Co., 1840. – Part XIII, Book VII, p. 171. No entanto, o jurista inglês adotava uma visão restritiva do uso de decisões como evidência.

147 Interessante análise aponta a expansão do collateral estoppel como razão para a extinção ou obscuridade do uso de decisões judiciais como prova: MOTOMURA, Hiroshi. Using judgments as evidence. Minnesota Law Review. vol. 70. 1986, p. 979 e ss. (versão digital). Aliás, mais do que isso: o autor demonstra que algumas decisões, inelegíveis para o collateral estoppel, acabam por ser admissíveis como evidência, o que certamente



reforça a sua hipótese.

148 ECHANDIA, Hernando Devis. Op. cit., p. 367. Igualmente: “Muito comum é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, de litigantes, são exames, trasladados, por certidão, de uns autos para outros, com o fim de fazer prova” (SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 351).

149 O fato de lhe ser imputada determinada natureza probatória, no entanto, não lhe tirava a característica de prova atípica, diante da forma de acesso à informação, cf. AMARAL, Paulo Osternack. Provas atípicas no processo civil. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2014. p. 78-80. Como se sabe, “Com il termine prova atipica s’intende comunemente la prova non tipicizzata dal legislatore e, dunque, non prevista dall’ordinamento nella parte dedicata ai mezzi istruttori” (CONTE, Mario. Op. cit., p. 349). Portanto, com a expressa previsão no Código de Processo Civil de 2015, a lição deve ser adequada, tratando-se de meio tipicamente previsto em lei.

150 “También aquí se verifica la adquisición de un conocimiento por el juez de forma distinta de la habitual. Por lo común, el órgano judicial se entera de los hechos mediante una actividad realizada en el ámbito del proceso mismo en que le corresponde fallar. En la ‘prueba prestada’, él no recibe las informaciones de las fuentes originales, sino de una fuente intermediaria. La percepción del juez se ejerce en realidad sobre documentos extraídos o copiados del expediente del pleito anterior” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas. Temas de direito procesual civil – Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 49-50).

151 TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 35. n. 140. 1998, p. 146-147.

152 THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 907.

153 Nesse sentido: LOPES, João Batista. Op. cit., p. 64. LESSONA, Carlos. Op. cit., p. 12-13. Este último autor é confuso: inicialmente defende que as provas emprestadas não devem ser admitidas, mas, em seguida, sustenta existirem “exceções”, e, basicamente, admite qualquer espécie de prova emprestada desde que produzida na mesma jurisdição, mesmo que entre terceiros em relação às partes do processo que a tomará por empréstimo, pois, em suas palavras “debe admitirse la prueba dejando en absoluto su apreciación al Juez ante quien se produzca, sin sujeción alguna a la apreciación que hiciera el primer Juez, fuera del respecto a la cosa juzgada, y salvo la prueba contraria cuando, atendida la naturaleza de la misma, no esté prohibida por la ley” (p. 13).

154 CONTE, Mario. Op. cit., p. 355. CAMBI, Eduardo. A prova civil – Admissibilidade e relevância. São Paulo: Ed. RT, 2006. 53-54. O processualista paranaense aduz: “Pode-se, pois, afirmar que a prova emprestada não vale quando foi colhida sem a participação da parte contra quem deve operar, sob pena de gerar nulidade da decisão por inobservância do contraditório, na formação da prova. Contudo, não se exige que o contraditório seja sempre efetivo, salvo processos civis cujo objeto envolva direitos indisponíveis” (p. 54). Assim também: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal cit., p. 148-149. FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 372. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1003.

155 THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 908. Essa é a leitura que o autor faz do art. 372 do CPC (LGL\2015\1656). TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015 (LGL\2015\1656). In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina selecionada – Provas.



2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 463. De modo semelhante, embora fazendo referência à necessidade de o requerente justificar a “necessidade de empréstimo”: AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Coleção novo CPC (LGL\2015\1656), Doutrina Seleccionada – Provas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 478.

156 O raciocínio da maior confiabilidade, por tais fatores, embora se referindo à própria decisão judicial, é desenvolvido em: MOTOMURA, Hiroshi. Op. cit., p. 979 e ss.

157 Similarmente, defende-se ser “natural que um documento formado sem participação alguma do novo litigante se apresente muito mais frágil que o produzido em sua presença. Isso, contudo, não o anula prioristicamente como meio de prova. Apenas será avaliado pelo juiz nos moldes do art. 372, ou seja, ‘atribuindo-lhe o valor que considerar adequado’ nas circunstâncias apuradas no novo processo” (THEODORO JR., Humberto. Op. cit., p. 909).

158 Afora o problema do contraditório, é muito comum a abordagem doutrinária versando sobre o procedimento no qual a prova emprestada foi produzida, como no processo arbitral, em processo extinto sem julgamento de mérito, em juízo incompetente etc. Para uma visão abrangente de várias hipóteses, conferir: AMARAL, Paulo Osternack. Prova emprestada no processo civil cit., p. 479-498.

159 Destacando o contraditório como a questão mais relevante nas provas atípicas: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas cit., p. 50-51.

160 “Il giudice di merito può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in diverso giudizio fra le stesse o altre parti, con qualsiasi altra produzione delle parti stesse e può, quindi, avvalersi anche di una consulenza tecnica ammessa ed espletata in diverso procedimento, valutandone liberamente gli accertamenti ed i suggerimenti una volta che la relativa relazione peritale sia stata ritualmente prodotta dalla parte interessata” (Cass. 19.9.2000, n. 12422, MGC, 2000, 1960).

161 CONTE, Mario. Op. cit., p. 355-356. Todavia, como destaca o processualista italiano, o fato de a Suprema Corte entender que se trata de prova indiciária gerou o entendimento de que a não valoração da prova na motivação da decisão, não gera, por si só, defeito de fundamentação.

162 Em sentido contrário, defendendo a inadmissibilidade por inexistir contraditório da parte contra quem se produz a prova na sua formação: AMARAL, Paulo Osternack. Provas atípicas no processo civil cit., p. 94-96.

163 Isso não significa que o contato direto com a formação da prova oral seja irrelevante. De fato, como se notou, o juiz presente na produção oral da prova tem capacidade de ver elementos probatórios capazes de influir na avaliação da atendibilidade da prova, demonstrando-os fundamentadamente em sua motivação na construção do juízo fático-probatório. Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal cit., p. 150.

164 Nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 351-352. Muito mais restritivo, admitindo a prova produzida por terceiros, mas lhe dando valor nenhum: ECHANDIA, Hernando Devis. Op. cit., p. 366-367.

165 Assim: AMARAL, Paulo Osternack. Provas atípicas no processo civil cit., p. 80.

166 SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 357.



167 Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 61-62. Em sentido contrário, defendendo que a prova emprestada necessariamente terá menor valor probatório no segundo processo: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil – tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 288.

168 O maior exemplo advém da eficácia reflexa da sentença. Sobre o tema: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada... cit., p. 80-88. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 54-56.

169 Como afirma Calamandrei, “considerarei i giudizi storici contenuti nelle premesse di una sentenza come espressione di una verità legale avente la sua radice nei principi stessi della cosa giudicata, sarebbe certamente un errore. Anche se si ammette che questi giudizi storici, contenuti nella motivazione di una sentenza, possano conservare qualche efficacia probatoria fuori dei limiti del processo in cui sono stati enunciati, tale efficacia non ha niente a che vedere colla autorità del giudicato, che non investe la motivazione, ma solo la conclusione ultima del sillogismo giudiziale” (CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 569). Ressalte-se que o processualista italiano adentra na questão ao cotejar criticamente uma decisão judicial que havia considerado impossível produção de prova acerca de questão fática porque não haveria possibilidade de modificar um juízo fático, constante da fundamentação da decisão, realizado em processo precedente.

170 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 441.

171 Em sentido semelhante, distinguindo a “eficacia probatoria” da “fuerza obligatoria”: ECHANDIA, Hernando Devis. Op. cit., p. 328-330.

172 “An intermediate position, admitting reliable prior findings into evidence against nonparties, is the best response to the nonparty problem. It would parallel the courts’ past response in similar situations, when they admitted judgments into evidence because of other barriers to collateral estoppel. Now, as then, it would honor differences in purpose between evidence and collateral estoppel. It would defer to reliable prior findings so as to minimize multiple lawsuits and inconsistent adjudication. At the same time, by providing nonparties an opportunity to be heard, it would recognize limits on accepting findings as ‘true’ out of context, thus avoiding the due process and policy problems associated with collateral estoppel” (MOTOMURA, Hiroshi. Op. cit., p. 979 e ss.).

173 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 560.

174 Esse argumento é lembrado por Calamandrei (Idem, p. 568).

175 Idem, p. 561.

176 Idem, p. 573.

177 Essa preocupação também é exposta em: CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 570-571.

178 Idem, p. 572.

179 Aliás, o autor do escrito mais relevante sobre o tema, ao fim, acabou por concluir pela impossibilidade da eficácia probatória da sentença, inclusive fazendo uma relação interessante entre a atribuição desta eficácia e a concepção da coisa julgada como verdade. Uma das razões que levaram Calamandrei a refutar a eficácia probatória da sentença foi, justamente, a tendência psicológica à repetição do que fora feito antes. Além disso, o jurista italiano suscitou déficit de fundamentação, com base em regra que



vedava a fundamentação de decisões com base em decisões anteriores. Cf. CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 577-578. Todavia, no sistema processual brasileiro contemporâneo, as razões levantadas por Calamandrei para refutar a decisão judicial como meio de prova não se sustentam, primeiro por conta de avanços na compreensão da atividade probatória e no juízo fático, especialmente nas noções de convencimento motivado ou persuasão racional e de liberdade probatória, que, nos moldes como assumidas nesta pesquisa, garantem um amplo uso dos meios probatórios, seja pelas partes ou pelo juiz (para fundamentar seu decisum), desde que respeitado o contraditório e que a resolução da questão fática seja adequadamente fundamentada.

180 De modo semelhante: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil cit., p. 441-442.

181 Nesse sentido já decidiu a Corte de Cassação italiana: "Dal principio fissato dell'art. 2909 c.c. – secondo cui l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa – si evince, a contrario, che l'accertamento contenuto nella sentenza non estende i suoi effetti – e non è vincolante – per i terzi. Rispetto ai terzi, infatti, la sentenza passata in giudicato può esclusivamente avere la diversa efficacia di prova o di elemento di prova documentale in ordine alla situazione giuridica che abbia formato oggetto dell'accertamento giudiziale. Tale efficacia indiretta può essere invocata da chiunque vi abbia interesse, ma spetta al giudice di merito di esaminare la sentenza prodotta a tale scopo e sottoporla alla sua libera valutazione, anche in relazione ad altri elementi di giudizio rinvenibili negli atti di causa. (In base ai suddetti principi la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto che una sentenza divenuta definitiva emessa tra datore di lavoro e lavaratori potesse avere effetti di giudicato anche nei confronti dell'Inps – ancorché l'ente non avesse partecipato al giudizio – al fine della riscossione dei contributi previdenziali riferentisi ai rapporti di lavoro subordinato la cui sussistenza era stata accertata nella sentenza passata in giudicato). (Cass. 18.5.1999, n. 4821, MGC, 1999, 1101)" (cf. CONTE, Mario. Op. cit., p. 360-361).

182 CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. Op. cit., p. 188.

69 Interessante notar que, entre nós, o que veio a impedir, no Código de Processo Civil de 1973, revogado, a coisa julgada sobre questões prejudiciais foi justamente o prestígio dado ao efeito dispositivo, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara (disponível na internet), p. 226-227. Não deixa de ser um tanto inusitado que o Código de Processo Civil de 2015, ao tempo em que preconiza uma fortificação sem precedentes na nossa história dos negócios processuais, entre outros pontos em que atribui maior relevância à vontade, na coisa julgada acabou por diminuir consideravelmente sua importância ao prever o regime da coisa julgada sobre questões.