COISA JULGADA: ORIGENS E IMPORTÂNCIA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Res Judicata as Requisite for Justice
Revista de Processo | vol. 307/2020 | p. 361 - 397 | Set / 2020
DTR\2020\11546

Kevin M. Clermont
Professor Titular na Universidade de Cornell, NY, Estados Unidos (Ziff Professor of Law). kmc12@cornell.edu

Traduzido por Luiz Dellore
Doutor e Mestre em Processo Civil pela USP, Mestre em Constitucional pela PUC/SP, Visiting Scholar nas Universidades de Syracuse e Cornell (EUA). Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Paulista de Direito. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do Ceapro (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado. dellore@dellore.com

Área do Direito: Constitucional; Civil; Processual
Resumo: Sob as perspectivas histórica, da teoria do direito e comparativa, este artigo tenta sintetizar a coisa julgada enquanto a integra com o restante do Direito. Desde os seus primórdios, todos os sistemas de Justiça apresentam um núcleo mínimo de coisa julgada, trazendo o bar e a defense preclusion. Esse núcleo é universal não porque representa um valor universal, mas porque responde a uma necessidade institucional universal. Qualquer sistema de justiça precisa ter decisões; para ser efetivo, suas sentenças devem significar algo com vinculação, e a vinculação mínima é que, salvo em circunstâncias específicas, o perdedor não pode desfazer um julgamento com o objetivo de mudar o resultado. Diante da formulação de algumas regras e exceções, cada sistema de justiça pode e deve entregar o mínimo de coisa julgada. Mas questões de justiça também impõem alguns limites à coisa julgada. Entre os limites mínimos e máximos, políticas específicas diante do contexto de cada local vão decidir o quão longe a coisa julgada irá em cada país, com grandes implicações para os respectivos sistemas legais. Em um extremo está os Estados Unidos, país que adora a preclusão, e, portanto, vai muito além do que seria o mínimo de coisa julgada. Outros países ficam próximos ao mínimo necessário. Talvez o melhor seja o meio termo. O artigo foi escrito sob a perspectiva do direito norte-americano.

Palavras-chave: Coisa julgada – Res judicata – Estados Unidos – Direito Comparado – Claim Preclusion – Issue Preclusion – Civil Law – Common Law
Abstract: From historical, jurisprudential, and comparative perspectives, this Article tries to synthesize res judicata while integrating it with the rest of law. From near their beginnings, all systems of justice have delivered a core of res judicata comprising the substance of bar and defense preclusion. This core is universal not because it represents a universal value, but rather because it responds to a universal institutional need. Any justice system must have adjudicators; to be effective, their judgments must mean something with bindingness; and the minimal bindingness is that, except in specified circumstances, the disgruntled cannot undo a judgment in an effort to change the outcome. By some formulation of rules and exceptions, each justice system must and does deliver this core of res judicata. Fundamental fairness imposes some distant outer limit on res judicata, too. In between those minimal and maximal limits, context-specific policy will decide how far res judicata will go in any particular country, with huge implications for its legal system. At one extreme the United States loves preclusion, and so it goes well beyond the bare minimum. Other countries stick close to the core. Perhaps the optimum lies closer to the middle. This article was written under the perspective of American Law.

Keywords: Res judicata – USA – Comparative Law – Claim Preclusion – Issue Preclusion

– Civil Law – Common Law
Sumário:

Introdução - I.A Importância Histórica da Coisa Julgada - II.Fundamentos Jurídicos da Coisa Julgada - III.Prevalência Comparativa da Coisa Julgada

Introdução

A coisa* julgada parece** ser mais um dos excessos procedimentais que aparentemente existem nos Estados Unidos. Mas não é. Mais do que ser o exemplo de uma exceção americana, é onipresente. Este artigo tentará explicar as regras sobre a coisa julgada que todo o sistema jurídico tem, teve e deveria ter em vigor.

O regramento da coisa julgada responde a essa inevitável questão: qual impacto uma decisão previamente proferida terá nas disputas subsequentes? Essa é uma questão importante tanto do ponto de vista prático como para o sistema. Em particular, em que circunstâncias e até que ponto os tribunais devem dar efeitos preclusivos a um julgamento, por ser o produto final do Poder Judiciário?[1] A resposta vem conforme o grau de definitividade da decisão, e qual a extensão de preclusão que isso produzirá. A motivação da coisa julgada em decretar a definitividade está na frase interest reipublicae ut sit finis litium, que se traduz em "é do interesse do Estado que haja um fim ao litígio". Sua modalidade de decretar a preclusão está na frase res judicata pro veritate accipitur, que se traduz como "um caso julgado é considerado como verdade".

Este artigo demonstrará que todos os sistemas de justiça empregam um núcleo de coisa julgada que, em regra, proíbe desfazer o julgamento em si, e isso vem sendo assim ao longo dos séculos (Parte I), conforme um entendimento que transcende todas as fronteiras (Parte II).[2] Em cada país, a lei tem variado no que tange a qual será a extensão da coisa julgada (Parte III). Os Estados Unidos avançaram nessa extensão, enquanto a China, não.

Para começar, compartilho alguns antecedentes legais e um pouco de vocabulário introdutório. Qualquer regulamentação de coisa julgada implicaria (1) limites às exceções e outras formas de impugnação de decisões fora do curso normal da revisão nos órgãos de primeiro grau e tribunais e (2) existência de pelo menos algumas regras de preclusão aplicáveis às decisões finais.[3] Os primeiros, ao estabelecerem uma decisão válida como o pré-requisito para a preclusão, dão as circunstâncias limitadas nas quais a parte vinculada pode afastar um julgamento de uma maneira que não por meio de recurso.[4] O segundo conjunto de regras expressa a extensão externa da preclusão, (3) enquanto exceções às regras constituem as válvulas de escape permitidas da preclusão.[5] Assim, as regras da coisa julgada determinam que se um julgamento é válido e final, ele terá eficácia preclusiva em um determinado grau, a menos que circunstâncias excepcionais prevaleçam.[6]

Quanto ao efetivo conteúdo da coisa julgada de um país – que tem como pré-requisito um julgamento válido e final; regras de preclusão; e exceções à preclusão – o argumento é de que todo o sistema de justiça tem pelo menos um núcleo duro que, em regra, proíbe desfazer o julgamento. Esse núcleo obrigatório de coisa julgada pode incluir um grau de claim ou issue preclusion.

Claim preclusion é a divisão da coisa julgada que normalmente diria que uma parte não pode, fora do contexto da ação inicial, litigar novamente sobre uma demanda já decidida por uma sentença válida e final, sujeita a certas exceções. Assim, muitos países parecem operar sem a claim preclusion, e, onde essa doutrina existe, um julgamento extinguirá toda a pretensão, tornando preclusos todos os assuntos dentro da demanda que foram ou poderiam ter sido litigados naquela ação inicial. A claim preclusion pode ser subdividida em três subpartes: (1) se o julgamento na ação inicial foi a favor do réu, as alegações do autor são afastadas pela sentença. Isso significa que o autor, em regra, não pode propor uma segunda ação com as mesmas alegações, na esperança de ganhar

desta vez [bar]. (2) Se o julgamento da ação inicial foi a favor do autor, as alegações do autor são acolhidas e esgotadas na sentença. Isso quer dizer que o autor não pode propor uma segunda ação com as mesmas alegações, na esperança de obter um julgamento mais favorável [merger]. (3) No entanto, o autor pode buscar executar a decisão favorável, e o réu não pode, então, levantar as defesas que foram ou poderiam ter sido apresentadas na ação inicial. A defense preclusion é a teoria que geralmente impede que o réu perdedor alegue, mais tarde, meras defesas à demanda do autor.[7]

Issue preclusion é a divisão da coisa julgada que diz que, fora do contexto da ação inicial, independentemente de quem tenha vencido a causa, uma parte geralmente não pode litigar novamente sobre qualquer questão de fato ou de direito se sua resolução foi essencial para um julgamento válido e final,[8] observadas as exceções.[9] A issue preclusion sofre variações nos países que a empregam. Sob o ponto de vista dos EUA, a issue preclusion atinge apenas questões que foram realmente litigadas e resolvidas, diferentemente do que ocorre com a claim preclusion que atinge até assuntos que poderiam ter sido, mas não foram, litigados; a maioria dos países não exige efetivo litígio e decisão, o que permite que a issue preclusion desempenhe o papel de claim preclusion para eles.[10] A issue preclusion também se subdivide: (1) se a segunda ação estiver na mesma pretensão da ação inicial, então a variante aplicável de issue preclusion é o direct estoppel. (2) Se a segunda ação for sobre uma pretensão diferente, então a variante aplicável de issue preclusion é o colateral estoppel. De fato, a maioria dos países estrangeiros não emprega colateral estoppel, porque esta extensão da coisa julgada vai além do necessário para buscar a preclusão por uma questão de eficiência e outras políticas.[11]

I.A Importância Histórica da Coisa Julgada

A coisa julgada é um instituto antigo. Por exemplo, alguns autores sugerem que as "raízes" de coisa julgada anglo-americana datam de longe.[12] Pode-se encontrar essas raízes em vários sistemas antigos, principalmente incluindo a preclusão na figura germânica do estoppel by record, de tempos anglo-saxões que consideravam o comportamento da parte[13], e na posterior coisa julgada romana, que, ao contrário, analisava os efeitos do julgamento como fundamento da verdade.[14] Mas, na realidade, essas eram analogias inspiradas, agindo mais como formulações verbais emprestadas do que como transplantes ou verdadeiras raízes. Diferentemente das transições decorrentes da colonização, cada sistema legal parece gerar internamente sua própria regra de coisa julgada por meio de seus tribunais, muitas vezes fazendo isso independentemente, em resposta à sua própria necessidade de definitividade judicial e, muitas vezes, terminando em um ponto único. Nesse sentido, a coisa julgada "é tão antiga quanto a própria lei".[15]

É verdade que, na Inglaterra, não se ouvia muito sobre coisa julgada nos primeiros dias de um sistema judiciário desorganizado e registros pouco desenvolvidos. Mas logo os tribunais ingleses viram a necessidade de alguma definitividade, de modo que seus julgamentos significassem algo, e noções semelhantes às de coisa julgada começaram a surgir[16]. Por volta de 1200, Bracton reconheceu que o princípio da coisa julgada estava presente em casos ingleses.[17] Desde então, a regulamentação inglesa da coisa julgada se desenvolveu, com pouca referência às fontes estrangeiras.[18] Nos séculos subsequentes, os tribunais revisaram e tornaram mais complexa a doutrina. Por exemplo, em conexão com Ferrer v. Arden, Edward Coke explicou em 1598:

"Pois, como foi bem dito, interest reipub. ut sit finis litium [é do interesse do Estado que haja um fim ao litígio]; caso contrário, uma grande opressão poderia ocorrer sob a cor e a pretexto da lei; pois, se não houvesse o fim de processos, um homem rico e malicioso aborreceria infinitamente aquele que tem direito por meio de processos e ações; e, no final (porque ele não pode chegar a um fim), obrigá-lo (a resgatar sua acusação e aborrecimento) a abandonar e a renunciar ao seu direito, tudo o que foi remediado pela regra e razão da antiga common law, negligência cuja regra... introduziu quatro grandes inconvenientes. 1. Infinitude de vereditos, retomadas e julgamentos em um e no mesmo caso. 2. Às vezes, contrariedades de vereditos e julgamentos um em relação a outro. 3.

A continuação das ações por 20, 30 e 40 anos, para o empobrecimento total das partes. 4. Tudo isso tende a desonrar a common law, que abomina totalmente o infinito e o atraso dos processos; em que deve ser observada a excelência da common law; pois o afastamento de sua verdadeira instituição introduz muitas inconveniências, e sua observação é sempre acompanhada de descanso e sossego, o objetivo de todas as leis humanas."[19]

Esse corpo não sistematizado da doutrina da coisa julgada permaneceu nebuloso, mesmo que algumas mudanças doutrinárias importantes tenham ocorrido em resposta a mudanças nas políticas da coisa julgada. O progresso foi lento, mas razoavelmente constante.

As colônias inglesas que deram origem aos Estados Unidos receberam a lei da coisa julgada da Inglaterra. Com o tempo, no entanto, o regramento nos Estados Unidos mudou para atender às necessidades daqui. O fato de a lei inglesa ainda estar nebulosa facilitou essa divergência. Lentamente, surgiu uma abordagem norte-americana distinta da inglesa, e mais expansiva. Tratados foram escritos.[20] No entanto, os tribunais ainda tinham dificuldade na matéria. Consequentemente, mesmo os principais artigos escritos que buscavam modernizar o tema foram, em grande parte, tentativas de obter os precedentes em uma ordem plausível.[21] O advogado ou acadêmico médio deu à coisa julgada pouca importância. Poucos perceberam seu significado. O assunto ainda não era satisfatoriamente sistematizado ou teorizado.

O desenvolvimento tardio da coisa julgada resultou de alguns fatores. Em regra, a coisa julgada só era debatida quando um litigante dava um passo em falso e fazia com que o tribunal apreciasse litígios repetitivos, e, portanto, a coisa julgada tendia a ser encarada como uma mistura arcaica de provisões técnicas e arbitrárias para lidar com esse problema específico. No mais, as regras relativas à coisa julgada estavam espalhadas nos interstícios de várias áreas, como (1) impugnações a decisões e outras formas de relief from judgments[22i] , (2) execução de sentenças[23] e (3) full faith and credit ou international comity.[24ii]

Primeiramente, o relief from judgments está vinculado à coisa julgada porque somente uma decisão válida tem efeitos de coisa julgada, e assim uma parte pode se afastar da coisa julgada ao atacar com sucesso a validade do julgamento anterior. Embora a lei classifique o relief from judgments separadamente da coisa julgada, os dois devem ser estudados em conjunto. Quanto mais liberal for o sistema com o relief from judgments, haverá menos exceções às regras de preclusão.[25]

Em segundo lugar, embora a execução tenha o reconhecimento da sentença como um pré-requisito, e o reconhecimento signifique o efeito da coisa julgada, a lei sobre o cumprimento das decisões (execução) enfatiza o reconhecimento para fins de execução em vez de reconhecimento para fins de coisa julgada. As regras relativas ao cumprimento de uma decisão, portanto, pouco contribuem para ajudar a sintetizar as regras acerca da coisa julgada.

Em terceiro lugar, o reconhecimento das decisões e a execução no contexto entre jurisdições distintas envolvem também questões tangenciais à coisa julgada. Idealmente, os princípios do conflito entre as leis exigem que as regras da coisa julgada do tribunal que proferiu a decisão é que definam o julgamento, mas sujeito – por certo – ao poder do outro tribunal de afastar o julgamento por motivos como questões de ordem pública.[26] Ou seja, quando o segundo tribunal se depara com uma questão da extensão ou alcance da coisa julgada com base no julgamento anterior, normalmente deve aplicar a lei de coisa julgada que a corte que proferiu a decisão aplicaria. A abordagem básica dos julgamentos é reversa, no sentido de retroceder o olhar para a decisão do próprio tribunal que a proferiu: ou seja, o segundo tribunal permite que a lei do primeiro tribunal decida o que julgou conclusivamente.[27] Assim, estudos de full faith and credit ou international comity esclareceram os detalhes da coisa julgada.

O ponto aqui é que essa dispersão doutrinária distraiu por muito tempo a comunidade jurídica. O passo gigantesco em direção à consolidação e à compreensão foi o Restatement of Judgments[iii] do American Law Institute em 1942, que reconheceu o surgimento da claim preclusion e, assim, estabeleceu uma doutrina completa de preclusão, bar, merger e collateral estoppel.[28] Os tribunais agora podiam entender o que estavam fazendo, e a abrangência da coisa julgada cresceu imediatamente.[29] Os comentaristas então passaram a analisar os desenvolvimentos judiciais recentes e pediram uma revisão doutrinária.[30] Quarenta anos depois, o Restatement (Second) of Judgments tentou expressar e refinar os esforços dos tribunais federais e dos tribunais estaduais progressistas. Também incorporaram a abordagem acadêmica moderna relativa à coisa julgada nos Estados Unidos, reforçando a claim e a issue preclusion como os veículos conceituais[31]. É indiscutivelmente um trabalho de alta qualidade e merece estudo cuidadoso, porque influenciou muito os tribunais e porque conseguiu trazer considerável ordem ao assunto. Desde então, os tribunais se basearam no Second Restatement. Em particular, a Suprema Corte dos EUA, em uma considerável série de casos, adotou a coisa julgada com um ardor especialmente fervoroso.[32] Como consequência deste glossário judicial sobre o Second Restatement, um novo regramento acerca da coisa julgada, coerente e muito expansivo, tornou-se perceptível e aceito. De fato, os Estados Unidos desfrutam hoje de uma semicodificação da maioria das regras relativas à coisa julgada, que é bastante uniforme, embora não oficial. Certos detalhes da lei permanecem indefinidos, é claro. Permanecem variações entre os Estados. Mas a maioria das grandes questões está por ora resolvida.

A razão para o crescimento súbito da coisa julgada nos EUA reside no contexto peculiar do sistema local de solução de litígios. O crescimento ocorreu durante o período de liberalização do pedido, litisconsórcio e discovery [provas]. Com isso, a coisa julgada poderia, e de maneira justa, ser mais ampla à medida que cresceram as oportunidades das partes para expressar sua posição na ação inicial. Mais significativamente, a expansão ocorreu enquanto a obsessão nacional com a litigiosidade e as pautas cheias dos tribunais prosperaram.[33] O entusiasmo da Suprema Corte demonstrou uma aceitação bastante notável da noção simplista de eficiência e uma desconsideração dos custos reais de justiça.[34] O ponto aqui é que a extensão real da coisa julgada em qualquer país, em particular, depende de um equilíbrio discutível de eficiência, justiça e políticas relativas ao direito material.

À medida que o alcance da coisa julgada se estende, torna-se cada vez mais um tópico para debate da política a ser adotada e de controvérsia. Consequentemente, a coisa julgada hoje parece muito significativa para os juristas americanos. Um reflexo da importância da coisa julgada aqui é o seu lugar como parte do currículo básico nas escolas de Direito americanas. A coisa julgada é um tema fundamental e sério do primeiro ano do curso de Direito em processo civil; na verdade, une todo o curso, mostrando a eterna tensão entre validade e definitividade. Além disso, os advogados americanos compreenderam o impacto prático desse instituto. Um julgamento é a materialização do que um tribunal decidiu, e a coisa julgada realiza a missão direta, mas profunda, de delinear o escopo ou conteúdo do julgamento.

Menos percebido, mesmo entre os acadêmicos, é como a expansão da coisa julgada se infiltra e molda o resto do Direito. Dentro do processo civil, a consciência dessa doutrina ilumina todos os tópicos. Mas sua influência é muito mais ampla. A coisa julgada reverbera atualmente em todos os aspectos do sistema legal dos EUA.

Primeiro, porque um julgamento, como definido pelas regras da coisa julgada, é o objetivo primário e culminante da maioria dos processos judiciais, de modo que um olhar treinado para a coisa julgada afetará grandemente a atuação da parte no procedimento, tanto muito antes como muito depois do julgamento. Desde a elaboração do pedido na inicial até fazer um acordo ou mesmo até a sentença para, em seguida, atacar o julgamento, seja por apelação ou em uma segunda ação judicial, a parte sempre deve ter em mente a coisa julgada.

Em segundo lugar, em um nível mais profundo, a coisa julgada opera como algo muito maior que uma mera parcela das regras técnicas sobre a condução do litígio. Ela é essencial para o funcionamento judicial, para o funcionamento ordenado do Poder Judiciário. Se os litigantes pudessem apenas reabrir as disputas judiciais, não haveria o fim dos casos nem o início da autoridade judicial.

Em terceiro lugar, no que diz respeito à estrutura dos tribunais, a coisa julgada implica, pelo menos, algum respeito pela decisão prévia em todo o Poder Judiciário. Sem esse respeito, os tribunais mais poderosos inevitavelmente extinguiriam seus concorrentes. Se os litigantes pudessem reabrir suas disputas no tribunal superior, eles certamente "pulariam" o tribunal inferior. Os tribunais reais na Inglaterra prevaleceram sobre os tribunais locais, em parte, por sua disposição de permitir litígios de novo. Ao contrário, a contínua prosperidade dos tribunais estaduais e federais nos Estados Unidos ocorre devido a uma saudável doutrina de coisa julgada.

Quarto, a coisa julgada, sendo a doutrina que especifica o que um julgamento decide e o que ele não decide, fortalece a separação de poderes, estabelecendo os limites na atuação do Poder Judiciário. É a lei da coisa julgada que evita a aplicabilidade das decisões judiciais àqueles que não são partes e que evita a retroatividade da mudança legal para questões já julgadas. Como a coisa julgada determina, assim, a maneira pela qual um julgamento difere da legislação e da administração, a doutrina desempenha um papel fundamental na compreensão do sistema governamental. Enquanto isso, a coisa julgada oferece proteção contra incursões na outra direção. Ajuda a garantir a independência do Judiciário, proibindo os outros ramos de alterarem julgamentos.[35]

Em quinto lugar, no âmbito do Direito internacional, a coisa julgada pode não ser absolutamente necessária. A "lei da selva" pode ser suficiente, porque cada nação tem uma zona de operação autônoma. Mas, especialmente hoje, com a crescente globalização, uma ordem internacional sensata recomenda uma observância internacional de coisa julgada. Os Estados Unidos devem respeitar, e respeitam, os julgamentos da França, e vice-versa.

Como resultado, os Estados Unidos reconhecem cada vez mais a importância da coisa julgada, já garantindo uma proeminência que é difícil para o resto do mundo entender. Essa proeminência é, no entanto, limitada aos Estados Unidos e prevaleceu apenas nas últimas décadas. Portanto, ninguém sintetizou o tema enquanto o integra com o restante do sistema jurídico. É ainda tempo para uma visão geral reflexiva.

II.Fundamentos Jurídicos da Coisa Julgada

Considerando que a coisa julgada desempenha um papel fundamental no procedimento, na atuação judicial, na estrutura dos tribunais, na separação de poderes e no Direito internacional, é natural a dificuldade que permeia o assunto. Além disso, como qualquer política, o tema tem seus custos e benefícios. Quanto aos custos óbvios, percebe-se prontamente que litigar sobre saber se é possível litigar novamente é ineficiente, mas algumas aplicações da coisa julgada realmente parecem absurdamente injustas. Muitas vezes, estudantes frustrados e outras vítimas de coisa julgada, depois de perceber suas dificuldades e lamentar seus custos, perguntam se estaríamos melhor sem a coisa julgada. No entanto, afirmo que esta questão é sem sentido em si mesma.

Um sistema de justiça deve prever a coisa julgada. Eu concordo que a efetiva extensão e o conteúdo da coisa julgada podem variar de mínima a extensiva, e sua formulação pode vir de diversas maneiras. Claro, o sistema poderia cortar algumas extensões e alguns detalhes da coisa julgada.[36] Mas o núcleo essencial da coisa julgada é obrigatório.

A.Argumento fraco: todo sistema jurídico tem coisa julgada

A tarefa principiológica de síntese e integração pode começar com uma visão geral comparativa, embora realizar uma revisão comparativa da coisa julgada seja uma tarefa

desafiadora que será adiada até a próxima parte deste artigo. Neste momento, farei algumas generalizações comparativas abrangentes, e farei isso em escala mundial. Começo com a afirmação aparentemente audaciosa de que a coisa julgada é absolutamente universal, que todo sistema legal deve ter um corpo mínimo de coisa julgada.[37] Embora essa alegação pareça requerer uma coragem temerária, na verdade, esse argumento é tão fraco que chega a ser um truísmo.

Uma leitura simples, mas ilusória, é que a coisa julgada é nada mais, nada menos, do que o corpo da lei que define o que é o "julgamento". A coisa julgada se mostra crítica na interpretação do escopo do julgamento. Um julgamento é mais do que uma materialização concreta do que um julgador decidiu. Por necessidade, um julgamento decide certas coisas e não decide outras coisas. A coisa julgada realiza o seu trabalho de delinear o conteúdo real de um julgamento, não apenas indicando o que o julgamento decidiu e o que não decidiu, mas também especificando os efeitos vinculantes da decisão e aquilo que não foi atingido pela coisa julgada. Ela determina se as questões decididas são imunes à reabertura, bem como indica, do outro lado, quais assuntos não decididos estão dentro dos limites de um julgamento e, portanto, recebem tratamento como se decididos fossem e quais assuntos estão fora dos limites do julgamento. Portanto, a coisa julgada serve para definir o julgamento por meio da fixação dos limites do julgamento definitivo, mesmo se a coisa julgada parece ser apenas uma mistura obscura de regras.

Esta leitura permeia todos os tipos de pesquisas históricas e comparativas. A missão da coisa julgada de delinear o julgamento é não opcional. Uma versão de coisa julgada se deve aplicar a todo julgamento já proferido, em qualquer lugar. Todo sistema legal, desde seus primórdios, produziu alguma regra de coisa julgada. Mesmo que a lei relativa à coisa julgada dissesse que um julgamento não tem efeito algum, isso seria alguma espécie de regulação de coisa julgada. Por isso, por definição, a coisa julgada é universal.

Ainda assim, cada jurisdição produziu sua própria variação de regras de coisa julgada. Por ser tão ampla nos Estados Unidos, a coisa julgada tem um destaque especial aqui. Em outros países, o próprio conceito de coisa julgada permanecerá oculto até alcançar certa amplitude. Em qualquer país, a extensão da preclusão pode realmente variar de 0 a 100? Não, existe um mínimo obrigatório. Um julgamento não deve dizer apenas algo, deve significar algo vinculante.

B.Argumento forte: todo sistema de justiça proporciona um núcleo mínimo da coisa julgada

Empiricamente, todo sistema de justiça no mundo, praticamente desde o seu início, traz um núcleo comum de coisa julgada para tornar as decisões judiciais vinculantes. "A doutrina da coisa julgada é um princípio universal da teoria do Direito, que compõe os sistemas jurídicos de todas as nações civilizadas."[38] É essa observação empírica que impulsiona meu argumento forte. Mas como alguém explicaria o fato empírico?

Como se costuma dizer, a lógica que motiva a coisa julgada é que, em algum momento, a busca da verdade pode e deve cessar: a justiça exige que haja um fim ao litígio. Esta lógica envolve duas ideias diferentes.

Primeiro, o fim do litígio serve os valores processuais de justiça e eficiência. O perdão para o perdedor, que quer a decisão refeita, deve, às vezes, curvar-se à justiça em prol do vencedor. Da mesma forma, nenhuma concepção realista de justiça clamaria pela busca da verdade ou de qualquer outro objetivo sem preocupação com o custo:

"O objetivo principal inerente ao conceito de coisa julgada é assegurar que, uma vez que um assunto tenha sido decidido, eventuais novas controvérsias ou incertezas sobre ele sejam eliminadas. Isto implica, no nível processual, que a prestação de uma decisão inconsistente sobre a mesma matéria deve ser evitada. Isto porque, enquanto subsistir a

possibilidade de que um novo julgamento seja proferido em um novo processo, a certeza jurídica ainda não foi alcançada e o litígio ainda não está definitivamente concluído."[39]

Como sempre, é preciso ter cuidado com os argumentos de justiça e eficiência, pois eles podem tanto justificar a defesa de uma nova decisão ou a manutenção da antiga, o que leva a um cenário complicado. Além disso, cada sociedade deve decidir por si própria quanto pagar, em termos de custos ou incerteza, pela verdade e por tais objetivos de justiça e eficiência. O equilíbrio pareceria exigir a existência de coisa julgada somente para um princípio sem forma, no sentido de um "já basta". Ainda assim, no mínimo, esse princípio resultaria, sob quase qualquer conjunto concebível de políticas prevalecentes, em regras que estabelecessem que, na ausência de acordo contrário, um autor perdedor não pode processar novamente com base na mesma demanda e um réu perdedor não pode defendê-la novamente.

Em segundo lugar, a definitividade não é apenas um princípio, extremamente bom, que serve à justiça e à eficiência, é uma condição necessária para a existência de um Judiciário efetivo, que imponha julgamentos não consensuais. As partes não podem ser autorizadas a desfazer livremente a sentença. Mas também, os próprios tribunais não podem, irrestritamente, derrubar um julgamento final por conta própria. Outros tribunais e, mais ainda, funcionários não judiciais não podem regularmente conceder relief from judgment:

"Se uma sentença final e válida servisse apenas como o conselho do tribunal de como uma controvérsia deveria ser resolvida, deixando que outros tribunais (ou mesmo outros magistrados) considerassem a controvérsia novamente, se eles e as partes assim desejassem, seria difícil até pensar no órgão de primeira instância como um "tribunal" no sentido usualmente aceito."[40]

Satisfazer essa exigência institucional moverá a coisa julgada do princípio sem forma para o direito desenvolvido. Esta razão institucional por trás da coisa julgada também nos leva de valores ponderáveis a necessidades inevitáveis.

É certo que essa necessidade não é uma necessidade tal qual comida e água. Pode-se imaginar um sistema legal sem definitividade, isto é, sem o que os juristas consideram juízes que emitem julgamentos vinculantes. Um exemplo pode ser um sistema legal militar que permite ao comandante reverter livremente qualquer decisão, em busca declarada de prontidão militar. Mas tal sistema seria um sistema de resolução de disputas diferente do que os teóricos concebem como um sistema de justiça. Outro exemplo seria a mediação, que poderia ter uma noção de coisa julgada, mas isto não é necessário.

Assim, consideremos apenas um "sistema de justiça" como aquele que se desenvolveu o suficiente para envolver a imposição individualizada da lei substantiva por um magistrado neutro de acordo com procedimentos predeterminados e que tenta operar de maneira a fazer com que os benefícios superem os custos. Todo sistema desse tipo deve julgar de maneira a aplicar a lei aos fatos. O sistema poderia julgar de várias maneiras e em busca de uma variedade de objetivos, como verdade, harmonia social, controle político ou qualquer outra coisa. No entanto, todo sistema desse tipo enfrentará a questão de quando fechar as portas em qualquer decisão. Essa pergunta é universal.

Há uma troca óbvia entre definir as coisas e terminá-las. Um pequeno sistema com enormes recursos poderia estar eternamente pronto para reconsiderar completamente, e o faria enquanto acreditasse que os benefícios de fazê-lo superam os custos de justiça e eficiência e quaisquer outros custos. Mas, à medida que o sistema é ampliado, a operação efetiva precisará especificar quando o suficiente é efetivamente suficiente. A resposta universal para a questão universal será de que um julgamento, em algum momento, não pode ser desfeito de forma rotineira.

A ideia mais crítica é a de que o julgador precisa não apenas evitar a inútil litigância

repetida, mas também precisa estabelecer sua autoridade contra os descontentes com a decisão. Essa autoridade é uma característica indispensável de um julgador efetivo. Exceto por recurso autorizado, um julgamento não pode ser desfeito rotineiramente pelo perdedor, tenha ele apresentado contestação ou ocorrido revelia.[41] Um juiz deve ser capaz de dizer definitivamente ao perdedor: "você perdeu". Ele e outros devem se fazer de surdos a um pedido para reconsiderar.

O relief from judgment, portanto, não pode ser admitido por mero erro de fato ou direito; um autor que perde não pode processar novamente a mesma demanda, e um réu que perde não pode se defender de novo. Um país poderia, com base em seu próprio contexto político, ir muito além com a ideia de coisa julgada. Mas todo sistema de justiça deve aceitar pelo menos essa vinculação para seus julgamentos. Implícito na natureza do julgamento, como normalmente entendido, é o poder de proferir julgamentos que são vinculantes.

Em resumo, com base na observação de sistemas comparados e na teoria da decisão, o núcleo essencial da coisa julgada é não opcional. Ainda assim, não estou argumentando um valor universal que exija uma quantidade mínima de conteúdo nas regras da coisa julgada, mas, pelo contrário, uma necessidade institucional universal de um conteúdo mínimo.

Bar. Assim, emerge o princípio intuitivo da claim preclusion de que um autor perdedor não pode processar novamente, na esperança de vencer desta vez.[42] Se o julgamento da ação inicial foi a favor do réu, a demanda do autor é barrada ou impedida pela decisão.[43] Um julgamento válido e final impede a demanda e qualquer outro processo sobre o mesmo tema, tanto quanto aos elementos que foram afirmados na primeira ação como quanto àqueles que poderiam ter sido.[44]

A lei de cada país teria que definir as dimensões da demanda que deve ser objeto de preclusão. Note que estou usando "demanda" aqui apenas no sentido do escopo daquilo que foi objeto de preclusão pela doutrina da claim preclusion, não no sentido técnico do termo usado por um país ou outro para propósitos diferentes. Sendo razoável, as dimensões da causa atingida pela preclusão poderiam ser estreitas ou amplas, de acordo com a política adotada em cada país. Por exemplo, um país pode restritivamente excluir apenas uma nova ação sobre a mesma teoria legal ou para o mesmo instrumento judicial baseado no mesmo direito. Ou, em vez disso, um país pode excluir amplamente qualquer nova ação que surja do mesmo "conjunto de fatos"[iv]. Quanto mais ampla for a definição de demanda, maior será o alcance da regra de impedir uma nova ação a respeito do mesmo litígio.

Uma regra de exclusão de nova ação de alcance palpável não é apenas uma disposição desejável da lei. É uma previsão obrigatória. Um sistema de justiça deve providenciar que seus julgamentos sejam vinculantes de maneira que a exclusão de uma nova ação ocorra.

Defense Preclusion[v]. É igualmente indiscutível, embora talvez não tão óbvio à primeira vista, que um julgamento válido e final deve impedir que um réu perdedor mais tarde traga simples defesas à demanda.[45] A barreira da defense preclusion para desfazer julgamentos pode parecer ocupar algum canto arcaico da coisa julgada. Mas, na verdade, é fundamental para qualquer sistema de justiça. Mais frequentemente, os tribunais e as partes aplicam-na intuitivamente. Embora seja intuitivo, ainda é profundamente importante. De fato, sua aplicação intuitiva prova sua relevância.

Além disso, qualquer julgamento deve, de alguma maneira, obstar as defesas apresentadas de forma ativa. Portanto, uma consequência dessa ideia é que, uma vez que um autor obtenha um julgamento, o réu geralmente não pode trazer uma nova ação para desfazer o julgamento, reabrindo a demanda do autor e apresentando essas defesas (existindo ou não a previsão de reconvenção compulsória [figura existente no processo civil americano] aplicável ao caso).[46] O alcance da regra é sugerido pela

consideração de sua gênese: o réu não pode mais perseguir uma ação que é essencialmente uma maneira de se defender novamente contra uma demanda já julgada.[47] E isso se aplica independentemente de o julgamento prévio ser ou não por revelia; na verdade, é essa regra que faz com que os julgamentos por revelia signifiquem algo.[48]

Meu argumento não vai além de sustentar que a substância do bar e da defense preclusion é necessária. Mas só vai até aí. Na verdade, ninguém contesta essa necessidade, mesmo que as pessoas raramente reconheçam que um núcleo mínimo de coisa julgada deva existir. Aqueles pensadores que atacam a coisa julgada não voltam suas armas contra o núcleo do instituto. Por exemplo, o conhecido ataque à coisa julgada feito pelo Professor Cleary se fundamentou no fato de que ela era muito punitiva.[49] Mas seu ataque mirava apenas o merger, quando aplicado a partes que dividem sua causa de pedir ao longo de diferentes ações judiciais.[50] Para tal divisão de demandas que emprega duas ações judiciais para fazer o trabalho de uma, ele teria avaliado as despesas em vez de obstar o direito à repropositura.[51] Ele não fez nenhuma tentativa de minar a ideia mais ampla de preclusão. Ele teria preservado o restante da claim preclusion, incluindo bar, e toda a questão da issue preclusion dos Estados Unidos.[52]

Merger. Poder-se-ia argumentar que o merger, com sua proibição de o autor vencedor tentar recomeçar,[53] é necessária para que um julgamento realmente signifique alguma coisa. Esta posição é mais discutível quando um autor quer uma nova chance para obter um resultado ainda melhor que o anterior, e menos discutível quando o autor dividiu a demanda e agora quer processar novamente pelo restante.

No entanto, refazer um julgamento é menos sério do que desfazer um julgamento. Embora permitir que o autor processe novamente prejudique a justiça e a eficiência da definitividade, isso não prejudica a posição dos tribunais. Parece que a preocupação institucional deve estar em jogo para tornar obrigatório um ramo de coisa julgada. Assim, os sistemas jurídicos que fornecem uma versão de merger discutivelmente o fazem como uma questão de política e não de necessidade.[54]

Ainda assim, a maioria dos sistemas legais fornece uma versão de merger. A razão é que a escolha política é uma escolha fácil na maioria dos casos. Permitir que o autor reproponha a ação seria um desperdício e um fardo, sem que houvesse motivos reais de argumentação a seu favor. Como um sistema de justiça já estaria fornecendo a substância do bar e da preclusive defense, a simetria, por si só, aconselharia a proibição de que o autor vencedor tentasse recomeçar a ação.

Issue preclusion. A claim preclusion poderia fornecer todo o conteúdo essencial necessário.[55] Por seus termos, o autor perdedor, em regra, não pode ajuizar novamente a mesma demanda, e o réu perdedor geralmente não pode desfazer o julgamento anterior. A doutrina do bar alcançaria o primeiro objetivo: diz que o autor perdedor não pode tentar novamente. A defense preclusion alcançaria a segunda: diz que o réu perdedor não pode se defender de novo. Bar e defense preclusion são, portanto, obrigatórios; o resto da preclusão não é. Assim, se a jurisdição vai na rota de claim preclusion, qualquer adição de issue preclusion é opcional; um sistema legal acrescentaria essa proibição à nova litigância de questões apenas se as políticas de definitividade estimulassem os legisladores. A issue preclusion, então, constituiria numa doutrina separada, que poderia se expandir para alcançar diferentes demandas e até mesmo estender seus benefícios a pessoas que não fossem partes nem seus representantes.[56vi]

No entanto, um sistema legal pode optar por fornecer a substância do bar e da defensive preclusion, adotando a issue preclusion em vez de claim preclusion. Isto é, a issue preclusion poderia ser substituída, em vez de meramente adicionada à claim preclusion. Isso impediria o perdedor de debater as questões necessariamente envolvidas na prolação do julgamento da demanda. As primeiras leis americanas tomaram esse

caminho antes de evoluírem para a claim preclusion. Pode-se supor que essa abordagem da issue preclusion é uma via menos expansiva do que a claim preclusion mínima. "Isso poderia ser chamado de conceito mínimo de coisa julgada; sem isso, um julgamento não decidiria definitivamente nada. Parece claro que o processo decisório falharia em servir suas funções sociais e econômicas se não tivesse esse efeito mínimo."[57] Na verdade, na melhor das hipóteses, é equivalente em efeitos à claim preclusion, sendo mais estranha na conceituação e implementação. A issue preclusion pode fornecer o efeito de bar en-origen> se empregar uma definição ampla do problema em debate; se o problema equivale à causa de pedir, então o autor não recebe outra chance mudando a base de sua ação.[58] Da mesma forma, a issue preclusion pode alcançar o efeito de defensive preclusion ao abandonar qualquer requisito realmente litigado e determinado; o réu perde em todas as questões defensivas, afirmadas ou não.[59] A issue preclusion é, portanto, capaz de fornecer o núcleo mínimo porque, sem uma definição de problema e sem o requisito realmente litigado e determinado, as regras de issue preclusion e claim preclusion são indistinguíveis.

Pré-requisitos e exceções. Como já foi observado, somente uma decisão válida tem efeitos de coisa julgada, e assim uma parte pode escapar da coisa julgada atacando com sucesso a validade do julgamento anterior. Mas o relief from judgment deve permitir uma correção apenas para falhas graves, e não para meros erros. Por exemplo, o relief from judgment normalmente vai ser acolhido por falta de citação na ação inicial para a possível parte envolvida e não citada; mas o relief não deve ser acolhido por mero erro de fato.[60] Quanto mais fácil for obter o relief from judgment, menor será o alcance das regras de preclusão. Esta linha entre o erro fundamental e o mero erro deve ser traçada para evitar a derrota do núcleo essencial do bar e da defense preclusion.

Um julgamento final é um pré-requisito para a regra de preclusão ser aplicada, assim como também é a validade do julgamento.[61] Ou seja, a ação deve ter avançado o suficiente procedimentalmente para que a lei considere seu resultado como preclusivo. Quanto mais etapas forem necessárias antes de um julgamento se tornar final, menos preclusão haverá no sistema. Uma análise clara deve separar esse pré-requisito legal de um "julgamento final" do princípio de política de "definitividade", que postula pela necessidade de um fim para o litígio.

As qualificações para a preclusão, declaradas por esses pré-requisitos e por quaisquer exceções, voltar-se-ão principalmente para as determinações de políticas feitas no próprio contexto do país. Essas qualificações, no entanto, não podem ser tão extensas a ponto de invalidar o núcleo essencial de bar e da defense preclusion. Por exemplo, um país não deve fornecer relief from a civil judgment[vii] com base na existência de mero erro na aplicação da lei.

Doutrina Formulada. Seja por meio da claim ou da issue preclusion, um sistema de justiça deve fornecer o equivalente ao bar e à defense preclusion. E pode possivelmente, mas não necessariamente, fornecer mais regras de coisa julgada. Qualquer que seja o caminho e a extensão adotada, a coisa julgada exigirá uma quantidade razoável de doutrina elaborada sobre si.

A forma de implementação da coisa julgada importa. Um país pode deixar a previsão sobre a coisa julgada enterrada e obscura, entregando o núcleo mínimo por meio de princípios intuitivos. Outras extensões poderiam vir de princípios distintos e ilimitados, como a boa-fé. Ou, ao contrário, um país poderia apresentar a coisa julgada e formulá-la de uma maneira ampla e detalhada que fomentaria a compreensão. O sistema legal poderia então otimizar a coisa julgada de uma maneira que o "já basta" não seria suficiente. Os Estados Unidos seguiram o caminho mais elaborado, começando com a Restatement of Judgments.[62] O principal benefício dessa rota foi que ela iluminou as escolhas políticas em relação a quanto os Estados Unidos queriam ir adiante com a coisa julgada para além do núcleo obrigatório.

A forma precisa de uma coisa julgada desenvolvida se volta para a interação baseada

nas regras e exceções, o que pode facilitar ainda mais a busca da justiça. A formulação deve reduzir o litígio na segunda ação sobre o alcance da coisa julgada e deve otimizar o comportamento litigante na primeira ação. Aqui, "regra" inclui pré-requisitos e se refere à série de declarações que constituem uma formulação geral de inclusão que estabeleça prima facie o alcance da coisa julgada, e "exceção" inclui formulações parecidas com regras quanto às determinações caso a caso, mas deve permanecer excepcional ao excluir apenas algumas situações especiais do alcance das regras. Qual é a forma ideal para a maioria dos países? Regras claras, simples e rígidas devem se aproximar do núcleo mínimo da coisa julgada, considerando o resultado do equilíbrio entre a eficiência, a justiça e as políticas substantivas por trás da coisa julgada, de modo a não haver preclusão além de onde deveria. Exceções devem então funcionar para remediar a excessiva inclusão nas circunstâncias específicas, mas as exceções devem ser pequenas em escopo, mesmo se forem inevitavelmente flexíveis e consideráveis em número. Finalmente, não deve haver exceções às exceções, porque a extinção da preclusão é onerosa, com poucos benefícios.[63]

C.Argumento médio-forte: a justiça impõe um máximo na coisa julgada

Se alguém fosse fazer uma analogia dos meus quatro argumentos com as quatro forças atômicas básicas, eu agora passaria das forças fracas e fortes para a força gravitacional. Em toda parte, a doutrina da coisa julgada é moderada. Quase em nenhum lugar a doutrina se estende a ponto de levantar preocupações relativas à justiça básica. Em nenhum lugar a doutrina se desdobra para ditar que qualquer decisão judicial vincula em todos os tempos e para todas as pessoas.

A coisa julgada é a doutrina que define um julgamento, que é o produto final do Poder Judiciário. Pela natureza do Poder Judiciário, um julgamento decide certas coisas e não decide muitas outras coisas. Diferentemente do Legislativo ou do Executivo, que pode atuar sobre todos os cidadãos, o tribunal atua apenas com relação às partes e a um conjunto muito limitado de outras pessoas. A compreensão ampla do devido processo explica como legisladores e administradores podem vincular pessoas e suas propriedades, mesmo que essas pessoas tenham recebido representação apenas no sentido mais amplo. Mas estranhos ao processo judicial (ou seja, aqueles que não são partes nem representantes) têm permissão para o seu próprio "dia na corte" [ou "dia no tribunal"]. Essa característica da autolimitação flui da lei de coisa julgada, não do devido processo. Tal atributo realmente dá ao Poder Judiciário sua natureza distintiva. Assim, a coisa julgada encapsula a essência do Poder Judiciário: decisão mais ou menos individualizada, com efeitos futuros limitados, ainda que com definitividade quanto a esses efeitos.

A justiça impõe um limite obrigatório à coisa julgada, além desse autocontrole institucional? Sim. Lembre-se que as regras da coisa julgada serão aplicadas (1) se um julgamento é válido e final, (2) terá efeitos preclusivos em um grau especificado, (3) a menos que circunstâncias excepcionais prevaleçam.[64] Se a justiça fundamental fosse aceita como um valor, ela restringiria cada um destes três componentes da lei. Portanto, as três restrições de coisa julgada a seguir parecem apropriadas para assegurar sua consistência com a justiça.

Primeiro, seria basicamente injusto dar a um julgamento efeito maior do que ele teria em sua origem. As partes em litígio no F-1[viii] devem saber o que está em jogo e o que o julgamento potencial significará em qualquer lugar. Uma pessoa deve conhecer o efeito prejudicial de um potencial julgamento, e o efeito não deve mudar com o F-2, o qual o oponente venha a escolher mais tarde, talvez até surpreendentemente.[65] Consequentemente, qualquer pessoa a ser vinculada deve ser capaz de contestar pelo menos a validade do julgamento anterior, até o limite permitido nas mesmas circunstâncias sob a lei do tribunal.[66]

Em segundo lugar, se a coisa julgada fosse começar a se aproximar de estranhos, a justiça básica exigiria que seus interesses fossem adequadamente representados no

procedimento anterior.[67] Mas esse é um limite frouxo. O direito a um dia na corte não exige o formal litisconsórcio de todas as partes que venham a ser afetadas pelo julgamento, agora ou mais tarde. Por exemplo, uma vez que uma questão relativa a um interesse em bens imóveis tenha sido totalmente litigada entre o proprietário do título e outra parte, a questão é resolvida contra compradores ou sucessores posteriores; também sob a lei atual, um beneficiário pode ser obrigado em questões litigadas pelo administrador. Estranhos ao processo, então, podem ser atingidos. Tudo o que essas garantias de justiça básicas asseguram é um dia pleno e justo na corte, apreciado pessoalmente ou por meio de um representante adequado. Sem essa qualificação, o direito a um "dia na corte" não passa de um slogan enganoso. Com essa qualificação, torna-se evidente que a justiça básica permitiria vincular muito mais estranhos ao processo do que a maioria das pessoas acredita vincular. Abrindo um parêntese, é apenas a lei de coisa julgada que normalmente requer um dia no corte antes de vincular terceiros, criando assim a ilusão de alguma regra mais fundamental do "dia na corte". A mera representação dos interesses de terceiros ao processo, por mais adequada que seja, não é suficiente para a lei de coisa julgada.[68] A coisa julgada vincula, por decisão, apenas os estranhos ao processo intimamente relacionados com a parte representada ou, conforme a lei, aqueles que são efetivamente representados por uma parte.[69] A sociedade escolheu, como expresso em sua lei de coisa julgada, vincular muito menos aqueles que não são partes por julgamento do que poderia. As regras atuais de coisa julgada representam até onde a sociedade escolheu ir, e não até onde a sociedade poderia ir. É a restrição de coisa julgada que ajuda a distinguir a decisão judicial do restante das decisões governamentais e a preservar sua natureza distinta.

Terceiro, todas as pessoas a serem obrigadas por claim ou issue preclusion devem ter tido, pessoalmente ou por um representante adequado, uma oportunidade completa e justa de litigar as demandas e defesas ou as questões no processo anterior.[70] A justiça básica exigiria que a lei não excluísse com base em um julgamento, se o processo não oferecesse uma oportunidade completa e justa de litigar.

O ponto importante aqui é que esses limites externos são muito distantes. Mesmo nos Estados Unidos, a lei de coisa julgada permanece bem dentro do limite externo.

D.Argumento fraco-médio: política local fixa a extensão da coisa julgada

Entre limites mínimos e máximos, a extensão da coisa julgada é uma questão de política de custo-benefício. Os sistemas jurídicos devem aceitar o impulso do conteúdo essencial obrigatório da coisa julgada e então devem formular leis para implementá-la sem violar a justiça fundamental. A arena da política restante é onde os legisladores lutam e cumprem a lei de coisa julgada. É, num certo sentido, onde toda a ação está. Nesse estágio, a lei fica mais feia, mas de maneiras diferentes em sistemas diferentes. De maneira mais significativa, os sistemas podem diferir em quão longe a vinculação da coisa julgada chega, pois cada sistema legal persegue suas noções mais refinadas de justiça.

A coisa julgada é orientada por políticas. Como resultado, tem sido uma área surpreendentemente incerta e contenciosa da lei.[71] Algumas questões de coisa julgada não foram resolvidas com autoridade, e há considerável insatisfação com algumas das soluções dadas. De fato, tem havido certo desconforto, mesmo nos tribunais, como exemplificado pelo aforismo do Juiz Clark: "A defesa da coisa julgada é universalmente respeitada; mas, na verdade, não é muito bem vista."[72] E, há muito tempo, existe forte defesa de mudanças drásticas.

Políticas fortes, mas contestadoras, fundamentam o escopo da coisa julgada. Os valores mais influentes da justiça aqui, gerando uma variedade de políticas, são a eficiência processual e a justiça.[73] Várias políticas substantivas, que vão desde a otimização das condições de mercado até a regulamentação das relações entre advogado e cliente, também podem ter um papel importante. Obviamente, o alcance e o conteúdo das políticas relevantes ativam as particularidades do sistema legal local, como já

mencionado. Um sistema processual de formulação do pedido, litisconsórcio e discovery liberais, por um lado, ou a confiança em provas documentais, ausência de júris e admissibilidade de julgamentos anteriores como evidência, por outro lado, afetará o alcance da coisa julgada do sistema. Da mesma forma, o papel do governo na sociedade em particular e o papel do litígio naquele governo moldarão a lei de coisa julgada. Estas são considerações de política que não afetam o núcleo, mas influenciam em quão longe o país avança na adoção das regras da coisa julgada.

Sob o título de eficiência processual, como está subjacente à lei de coisa julgada, vem o interesse da sociedade em evitar o gasto de tempo e dinheiro em litígios repetitivos.[74] A sociedade também tem interesse em evitar qualquer aumento da incerteza na conduta primária da vida privada e pública fora do tribunal, bem como na redução da instabilidade do sistema legal no Poder Judiciário. A eficiência defende a obtenção da certeza e estabilidade da inércia. A sociedade tem interesse em evitar julgamentos possivelmente inconsistentes, que no mínimo desgastariam a fé no sistema de justiça.[75] Essas políticas merecem consideração em conexão tanto com o caso instantâneo como com o de longo prazo. Uma importante consideração de eficiência é o efeito dissuasivo de longo prazo da coisa julgada: um resultado difícil em um caso particular pode encorajar muitos litigantes futuros a dispor de suas disputas em uma única ação judicial, a qual levarão a sério.

As políticas de justiça processual apoiam o uso de coisa julgada para evitar o ônus de litígios repetitivos na parte que invoca a doutrina, para evitar infringir interesses de confiança e para evitar a possibilidade de a outra parte causar novos litígios ou lucrar com outras táticas de litígio indesejáveis.[76] Um litigante pode ter direito a seu dia na corte, mas não para impor uma repetição desta situação.

Considerações contrárias, especialmente aquelas que se baseiam na justiça no caso individual, apoiam exceções ao princípio da definitividade da coisa julgada. Algumas aplicações potenciais da doutrina parecerão profundamente injustas. Afinal, os tribunais que tentam aplicar políticas contra litígios repetitivos devem reconhecer que essas políticas estão longe de serem absolutas. Claramente, outras políticas frequentemente apontarão na direção oposta e, às vezes, prevalecem. As regras de exclusão impostas a ferro e fogo dificilmente parecem a resolução apropriada, e assim as restrições e exceções são abundantes.

As políticas de eficiência também podem seguir o caminho contrário. Litigar sobre a coisa julgada pode ser seriamente ineficiente. Além desses "custos diretos", o medo da exclusão futura pode estimular a superlitigiosidade na ação inicial. Além disso, existem os "custos de erro" ineficientes de decidir viver com um julgamento incorreto. Mais ainda, esses argumentos econômicos jogam contra um cenário complicado. Por exemplo, o acordo das partes à luz dos resultados anteriores evitaria frequentemente a nova litigância sem qualquer regra de preclusão.[77]

Como essas políticas conflitantes se equilibram? Com o passar do tempo e em muitos países diferentes, a grande tendência no desenvolvimento da coisa julgada foi expandir a aplicabilidade teórica do princípio da definitividade.[78] Ou seja, muitos países cederam ao apelo da política para expandir a coisa julgada pelo menos um pouco além de seu núcleo obrigatório de defense preclusion e bar. A maioria se expande para incluir a merger, e alguns passam a prever um colateral estoppel.[79]

Ao mesmo tempo, o crescimento da coisa julgada exigiu o reconhecimento de mais e mais exceções de algum escopo e natureza discricionária.[80] Por um lado, mesmo as muitas exceções existentes não removem toda as "mordidas", às vezes bem severas, da lei da coisa julgada.[81] Por outro lado, à medida que as exceções continuam a crescer em importância, surge a questão de saber se a ligeira redução das exceções e a natureza cada vez mais discricionária da coisa julgada são realmente preferíveis a um núcleo básico, mas claramente mínimo, de preclusão, talvez uma lei que impeça a reabertura dos julgamentos, mas que não exclua quaisquer questões subjacentes. No mínimo, é

preciso reconhecer que, se uma coisa julgada mais completa for considerada digna de ser desenvolvida, ela deve ser aplicada com certa inexpressividade, a fim de não frustrar seus propósitos de economia e segurança.

III.Prevalência Comparativa da Coisa Julgada

Um estudo comparativo ajudará na síntese e integração. Ele documenta o núcleo comum da coisa julgada – defense preclusion e baren-origen> [núcleo], seja enunciado como claim preclusion ou encoberto de forma equivalente na terminologia de issue preclusion. O núcleo permanece independentemente de quaisquer exclusões que prevaleçam localmente.

Porém, é um desafio tirar essas lições do estudo comparativo. A razão é que muito pouco trabalho comparativo em coisa julgada foi feito. A citação usual é para uma breve incursão comparativa presente em um artigo de algumas décadas de idade.[82] Se você olhar para a maioria dos livros sobre sistemas jurídicos estrangeiros e ir ao índice, você não encontrará nada sobre coisa julgada. Ou vá a livros sobre litígios transnacionais e procure em vão por um capítulo sobre coisa julgada.

Será que essa escassez sugere que a coisa julgada não é importante? Não, sugere, em vez disso, que o estudo comparativo de coisa julgada, feito corretamente, é muito difícil. Primeiro, outros países além dos Estados Unidos dão pouca importância ao assunto. Eles tendem a lidar com isso como os Estados Unidos do século XIX, deixando-o subdesenvolvido e disperso em assuntos como collateral attacks[ix] e outros relief from judgments,[83] reconhecimento e aplicação de julgamentos,[84] ou mesmo em categorias estrangeiras como abuso de processo ou boa-fé.[85] Assim, o estudioso do direito comparado deve penetrar no sistema estrangeiro, precisando entender todo o sistema para construir sua abordagem da coisa julgada. Segundo, por causa da ausência de sistematização, a lei é geralmente encapsulada em um vocabulário idiossincrático em cada país. A pesquisa se torna uma tarefa assustadora, mesmo no nível da terminologia. Terceiro, respondendo à necessidade sentida, cada sistema de justiça gerou seu próprio corpo distinto de regras de coisa julgada, mesmo entre países da mesma família legal.[86] O pesquisador deve ascender a níveis mais elevados de abstração para fazer comparações. Quarto, mesmo em países de civil law, não se pode simplesmente abrir um código. As regras da coisa julgada são feitas principalmente por juízes, quando os tribunais são chamados a lidar com um julgamento prévio. Em quinto lugar, na maioria dos países, a doutrina frequentemente segue caso a caso, sendo, em geral, um tanto flexível e, portanto, resistente à generalização. Apesar de qualquer primeira impressão, a doutrina inclui princípios ou padrões flexíveis tanto quanto regras fixas e exceções. Em sexto lugar, o comparativista deve pesquisar um alvo em movimento, porque a lei de coisa julgada de qualquer país está sempre mudando. É um assunto voltado para políticas, e as políticas estão sempre evoluindo, com uma tendência geral de expansão da coisa julgada.

Eu posso testemunhar pessoalmente a dificuldade do estudo comparativo. Fui chamado a escrever um breve resumo da lei francesa da coisa julgada, um país e uma língua que conheço.[87] A tarefa se mostrou desafiadora. Em nenhum lugar eu pude encontrar um bom resumo comparativo que os americanos seriam capazes de entender. Não encontrei nem mesmo um texto com o tratamento não comparativo da lei francesa que eu pudesse entender rapidamente. Foi tão difícil encaixar as ideias francesas no meu esquema intelectual. Foi necessário um tremendo esforço intelectual para dominar a lei francesa, que se estendia por muitas categorias e casos e estava em processo de evolução, para então dividi-la em seus componentes e reconstruí-la em uma estrutura legal compreensível para os americanos.

No entanto, tentarei documentar minhas afirmações de forma comparativa e ampla, apesar das dificuldades do estudo comparativo da coisa julgada. Terei que confiar principalmente em fontes secundárias, mas defendo esse movimento com base no fato de que meu interesse é a visão geral do tema, e não descer aos detalhes.

Sou auxiliado nessa tarefa pelas ideias históricas e pela teoria do direito. Acredito que meu ponto de vista – núcleo obrigatório mais extensões opcionais – fornece uma nova métrica para o estudo comparativo. Isso torna o mundo mais compreensível. Ele não se rende fazendo apenas a declaração usual de que a coisa julgada varia muito em todo o mundo. De fato, quase elimina a necessidade de um quadro de leis mundiais. Com essa nova métrica, a coisa julgada se insere em dois campos. Em primeiro lugar, a maioria das nações fornece o núcleo, às vezes expressamente como claim preclusion, mas mais frequentemente confundido como a issue preclusion, e, em seguida, adiciona apenas um pouco mais de coisa julgada em resposta às condições locais. Essas marcas intuitivas e quase não comentadas de coisa julgada, por serem confusas na terminologia e em extensão mínima, recebem pouca atenção ou estudo. Em segundo lugar, na parte do mundo baseada na lei inglesa, a coisa julgada se expandiu acentuadamente para fora do núcleo. Com a coisa julgada entrando em foco, a doutrina da issue preclusion se torna uma extrusão separada do núcleo. No entanto, em todo o mundo, a quase totalidade dos sistemas mostrou uma tendência de expansão na cobertura da coisa julgada ao longo do tempo.

A.Inglaterra e a maior parte de sua descendência: issue preclusion

A regulamentação inglesa e do Commonwealth[88] sobre a coisa julgada é um pouco menos sistematizada.[89] A princípio, ficou perto da antiga tradição germânica,[90] prevendo que uma sentença válida e final impedia uma parte malcomportada de litigar sobre a mesma questão, surgida mais tarde: "a parte para litigar é impedida depois disso... de negar em litígios subsequentes a exatidão de uma decisão sobre uma questão de direito ou fato dada no litígio anterior entre eles..."[91]. A Inglaterra utilizou assim a issue preclusion em vez de claim preclusion para fazer a maior parte de seu trabalho de preclusão. Para completar o trabalho, no entanto, o sistema inglês precisou estender essa issue preclusion para matérias que eram "etapas necessárias para a decisão", às vezes mesmo se não fossem efetivamente litigadas e decididas e então incluíssem questões decididas ou não.[92] Utilizou-se dessa pouca e confusa regulamentação para estabelecer a atual "cause of action estoppel" como um ramo da issue preclusion que dava efeito de baren-origen> à causa da ação e também o efeito de defense preclusion, mesmo para os julgamentos em revelia.[93] Assim, a lei inglesa veio para entregar o núcleo mínimo de coisa julgada.

A lei inglesa escolheu, desde o início, adicionar uma doutrina de "merger" a fim de alcançar o autor bem-sucedido que tentava processar novamente com base na mesma causa de pedir: um julgamento válido e final para o autor extingue a causa de pedir ao incorporá-la no julgamento.[94] Depois dessa etapa, a coisa julgada inglesa passou a se assemelhar, por muito tempo, ao que viria a ser a lei americana do meio do século XIX, que na verdade, veio da Inglaterra.[95]

Mais recentemente, a lei inglesa foi além com outro ramo da issue preclusion, chamado "issue estoppel", para construir uma doutrina razoavelmente moderna de issue preclusion: um julgamento válido e final impede decisões de questões surgindo novamente sobre a mesma ou diferente causa de pedir, entre as mesmas partes (e particulares).[96] Os ingleses intuem que os julgamentos padrão não devem produzir o issue estoppel (em oposição à cause of action estoppel).[97]

A Inglaterra agora está adotando a preclusão de forma ainda mais geral do que as acima descritas (1) cause of action estoppel, (2) merger e (3) issue estoppel. Está cada vez mais alcançando a questões que poderiam e deveriam ter sido julgadas no caso anterior e está começando a permitir o uso por pessoas que não sejam nem partes nem interessados.[98] Assim, com sua própria terminologia particular, a Inglaterra hoje tem uma doutrina razoavelmente expansiva que, na média, chega ao que era a coisa julgada norte-americana em meados do século XX.

B.Países de civil law: direct estoppel

A descrição que se segue[x] é capaz de confundir os leitores de países de civil law, que não estão acostumados a ouvir que a sua coisa julgada é descrita como uma espécie de issue preclusion. Essa terminologia vê a coisa julgada como um aumento na abrangência a partir do direct estoppel (o ramo da issue preclusion aplicável à mesma demanda) rumo a uma ampla claim preclusion, com collateral estoppel (o ramo da issue preclusion aplicável a uma demanda diferente), sendo um desenvolvimento ortogonal que a civil law não adotou. O direct estoppel preclui apenas o último ponto que o julgamento apreciou, isto é, se o pedido, à luz de determinada causa de pedir, foi acolhido ou não. A claim preclusion, no sentido norte-americano, preclui questões que poderiam ter sido, mas não foram decididas. Em outras palavras, o direct estoppel pode ser visto como uma análise bastante estreita da claim preclusion.

A França e a Alemanha talvez pensem em si como países que aplicam a claim preclusion. Porém, para olhos americanos, nesses países, há apenas preclusão no exato ponto do julgamento. E isso é semelhante ao direct estoppel. Como comparação, o Japão e alguns outros países de civil law, como eu destaco, pelo menos falam em termos de preclusão da demanda como um todo (ainda que definida de maneira mais estreita), incluindo qualquer questão não decidida. Isso é o que mais se assemelha à claim preclusion.

Baseando-se na tradição romana,[99] os países de civil law na Europa,[100] América Latina[101] e Ásia[102] adotam abordagens que diferem das da Inglaterra e que se desenvolveram para fornecer uma análise mais restritiva do que a da coisa julgada na Inglaterra. Eles confiam na issue preclusion para impor a verdade de um julgamento. Essa preclusão impede que uma segunda decisão contradiga a primeira, e o alcance dessa preclusão se estende até mesmo para casos de julgamentos em que há revelia. Isto não sugere que a civil law adote uma abordagem uniforme. Diferenças importantes existem entre a França e a Alemanha, por exemplo, com a coisa julgada alemã sendo um pouco mais estreita.[103]

No entanto, para generalizar, a vinculação das decisões específicas do tribunal sobre as posições declaradas das partes normalmente funcionará para impedir que a parte perdedora traga novas provas ou teorias, a fim de alterar o resultado, e também para impedir que a parte vencedora litigue novamente, a fim de melhorar a sua posição, desde que a segunda ação envolva a mesma demanda, causa e partes.[104] Em outras palavras, a civil law vincula ambas as partes às determinações judiciais das questões finais, em oposição às questões iniciais envolvidas na fundamentação;[105] mas as determinações são geralmente vinculantes apenas quando surgem no mesmo contexto judicial, isto é, uma afirmação do mesmo assunto e não de uma demanda diferente.[106]

Essa abordagem da civil law para a preclusão é difícil de entender para a mente legal americana. Os americanos provavelmente chamariam isso de um tipo de direct estoppel. Funciona para matar a demanda estritamente definida. Embora a definição exata de demanda seja bastante divergente e varie de país para país, pode-se dizer, a título de ilustração, que um autor pode ajuizar processos separados para danos à propriedade e danos pessoais.[107xi]

Pensar em preclusão no civil law em termos do núcleo obrigatório torna-a muito mais compreensível. Pelo seu direct estoppel, a civil law fornece o núcleo mínimo de coisa julgada equivalente à defense preclusion e ao bar. Para evitar a contradição por um segundo julgamento, a civil law também proporciona um efeito semelhante ao merger, ainda que mais estreito, que impede que os autores que venceram as causas processem novamente com base na mesma demanda, embora alguns países de civil law permitam a divisão de demandas mesmo de suas demandas estritamente definidas.[108]

Um sistema legal que depende fortemente de provas documentais e não possui ampla previsão de jurisprudência pode ter menos necessidade de preclusão.[109] Tais considerações não afetam o núcleo, mas influenciam o equilíbrio das políticas que determinam o quanto o país adota as regras de coisa julgada. Certamente, a civil law não prevê nem a ampla claim preclusion, nem tampouco qualquer colateral estoppel.[110]

No entanto, quaisquer conclusões rápidas sobre a limitação da coisa julgada da civil law devem aguardar a consideração de seu uso de julgamentos anteriores como prova, um uso que é geralmente proibido pela "regra do boato" da common law.[111] A fim de afetar outras causas de pedir, bem como outras pessoas, os países de civil law permitem amplamente esse uso como prova, ponderando o julgamento anterior juntamente com as novas provas.[112] Essa prática também reduz a necessidade de expandir a lei de preclusão além do núcleo.[113]

A civil law, no entanto, exibe alguns sinais de movimento em direção a uma análise mais ampla da coisa julgada[114]. Por exemplo, os tribunais franceses podem estar se movendo em direção à claim preclusion, eliminando argumentos não declarados e talvez até mesmo demandas não declaradas por meio de, na verdade, ampliação sua definição de demandas.[115] Enquanto isso, a Grécia, por exemplo, introduziu algumas noções de issue preclusion que afetariam as ações em diferentes demandas.[116]

O Japão fornece um exemplo interessante, tendo por base a Alemanha, mas, após a Segunda Guerra Mundial, sujeito a considerável influência americana.[117] Tomando um caminho mais direto para um escopo tipicamente restrito de civil law, a coisa julgada japonesa se expressa mais abertamente em termos de claim preclusion que vincula autor e réu, mas que é aplicável somente dentro da demanda estritamente definida como o mesmo direito substantivo.[118] Em alguns casos recentes, os tribunais japoneses parecem estar introduzindo uma doutrina muito restrita de collateral estoppel também.[119]

C.Lei socialista e outros modelos: variação

O direito socialista deriva da civil law e tende a não diferir muito dela no nível "micro" do procedimento.[120] A Rússia oferece o mínimo de coisa julgada via claim preclusion, com demanda definida por motivos e por relief[121].

Os sistemas legais islâmicos parecem ter uma doutrina de claim preclusion, mesmo sendo pouco discutida. "Em geral, na lei islâmica, concorda-se que um julgamento é obrigatório e não pode ser contestado... Isso era tão óbvio que nunca foi muito discutido em textos legais islâmicos e até mesmo em textos contemporâneos; parece não haver necessidade de discutir esse assunto."[122] No entanto, é tão difícil encontrar detalhes da lei de coisa julgada em inglês além do seu núcleo, que seria tolice tentar qualquer generalização sobre uma abordagem islâmica.

Ainda assim, pode-se dizer que a coisa julgada parece ser virtualmente universal. Todo sistema de justiça que se moveu além de seus inícios primitivos, tornando-se um sistema que impõe juízos não consensuais, tem uma regra de que o descontente não pode desfazer o julgamento na maioria das circunstâncias.[123] Este é o núcleo da coisa julgada que é onipresente. Alguns países podem não reconhecer uma doutrina traduzível como coisa julgada, mas eles terão essa regra básica e intuitiva.[124]

É verdade que os tribunais rabínicos israelenses supostamente dispensam quase todas as regras de coisa julgada,[125] recusando-se, assim, a seguir a abordagem de Israel com base na coisa julgada inglesa.[126] Esses tribunais rabínicos exercem jurisdição exclusiva sobre questões de casamento e divórcio de judeus em Israel, além de exercer alguma outra jurisdição.[127] Eles erradicaram a coisa julgada pela expansão do relief from judgment, dando às partes um poder contínuo de atacar a validade para corrigir o erro meramente factual e legal.[128] "Consequentemente, um julgamento incorreto é absolutamente nulo e sem efeito, e pode-se dizer que o juiz não terminou seu trabalho até que ele dê um julgamento verdadeiro."[129] Sua explicação é que eles, sem paralelo entre outros sistemas avançados de direito, colocam a busca da verdade acima de todos os outros objetivos.[130] "A lei judaica é a lei religiosa e, como tal, a ideia central que guia o juiz é um litígio baseado na verdade, um objetivo imposto ao juiz como uma obrigação religiosa."[131xii] Todos os outros sistemas desenvolvidos se viram obrigados a adotar a visão mais realista de que a justiça compreende mais objetivos do que apenas verdade

ou precisão. Esses outros sistemas sentem uma necessidade institucional inegável de que os tribunais emitam julgamentos vinculativos. No entanto, de um jeito ou de outro, os tribunais rabínicos não contradizem minha regra geral. Talvez os tribunais rabínicos, embora chamados tribunais, estejam operando como instituições religiosas não judiciais, dispensando a resolução de disputas do tipo gemeinschaft.[132] Uma visão alternativa seria que a ausência de coisa julgada se mostrou insignificante ou insustentável para os tribunais rabínicos. É digno de nota o uso pouco frequente que as partes fazem desse poder para reabrir os julgamentos e os recentes esforços das autoridades rabínicas para reabrirem os julgamentos.[133] Também é importante notar que o local para o relief é o próprio tribunal de julgamento, que pode, assim, tentar patrulhar o grau em que seus julgamentos são subestimados.[134]

Sistemas jurídicos menos desenvolvidos podem prescindir ainda mais completamente de qualquer noção consciente de coisa julgada. Dizem que os tribunais de Navajo não têm muito senso de coisa julgada.[135] Esses sistemas podem ser exceções que provam a regra, mas que, na verdade, inserem-se na regra. A propósito, considere a interessante ilustração da lei tibetana pré-1959, que era de natureza medieval e budista:

"Casos poderiam ser reabertos logo após serem decididos, mesmo quando as partes tivessem concordado com a decisão do juiz ou do conciliador. Os tibetanos consideravam esse um dos melhores aspectos de seu sistema: eles eram livres para discordar até que sentissem que a disputa havia sido decidida corretamente. Decisões judiciais não tinham definitividade na maneira como entendemos a definitividade; acalmar a mente e alcançar uma verdadeira harmonia era necessário antes que uma disputa pudesse realmente terminar. No budismo, essa liberdade contínua de discordar faz parte do potencial infinito da mente para mudar e escolher."[136]

Um tribunal tibetano não poderia impor sua decisão a menos que as partes concordassem, e uma parte poderia retirar seu acordo a qualquer momento e reabrir o caso até mesmo em outro tribunal.[137] Talvez a abordagem tenha sido instrumental:

"Os tibetanos perceberam que, se os tribunais tomarem decisões finais em casos civis, as partes na disputa, na maioria das vezes vizinhos, podem não se reconciliar ao ponto de poderem trabalhar juntos... Ausência de coisa julgada obriga as partes a chegarem a uma conclusão mutuamente aceitável."[138]

Sob a perspectiva comparada, é possível sintetizar a análise de tudo quanto foi exposto com o seguinte quadro:[xiii]

1 *.Nota do tradutor: esta é uma versão resumida do artigo "Res Judicata as Requisite for Justice", 68 Rutgers University Law Review (2016), p. 1067-1141. Na verdade, esta tradução contém as primeiras três partes desse artigo do Prof. Kevin Clermont, que traz uma visão panorâmica da coisa julgada sob a perspectiva norte-americana. Com a tradução, os leitores brasileiros poderão entender a base da coisa julgada no sistema judicial dos Estados Unidos (para alguns autores, o modelo americano teria influenciado a coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015). Em determinados momentos, quando estritamente necessário, haverá notas do tradutor ou inserção de comentários entre colchetes, mas manteve-se o texto o mais fiel possível quanto ao original, inclusive na forma das citações. Por fim, esclarece-se que esta tradução foi debatida entre tradutor e autor, o que até mesmo motivou a inclusão de dois parágrafos pelo autor, para facilitar a compreensão do leitor brasileiro.

**.Nota do autor: Eu gostaria de agradecer Zachary Clopton, Kuo-Chang Huang, Lily Kahng, Lan Lan, John Leubsdorf, Man Li, Emily Sherwin, Xingzhong Yu, Frank Zhang, Jing Zhang, e os participantes da Cornell Law School's summer faculty workshop pelas trocas frutíferas. Muito da descrição do cenário deste artigo obre a estrutura da lei norte-americana de coisa julgada é elaborada, às vezes quase literalmente, a partir de KEVIN M. CLERMONT, PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE, capítulo 5 (4. ed., 2015), que, por sua vez, vem de ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE (2001).

.Outras doutrinas, como stare decisis e double jeopardy, complementam a coisa julgada para formar o tópico mais geral de "decisão anterior". Veja ROBERT C. CASAD & KEVIN M. CLERMONT, RES JUDICATA: A HANDBOOK ON ITS THEORY, DOCTRINE, AND PRACTICE 13-19, 22-27 (2001). Outras doutrinas, tais como aquelas que tratam de adentrar, emendar, atacar, satisfazer e fazer cumprir juízos, juntam-se à decisão

anterior para formar o tópico ainda mais geral de "decisão". Ver A TREATISE OF THE LAW OF JUDGMENTS §§ 546-560, p. 1165-264 (Edward W. Tuttle ed., 5. ed., 1925) (1873).

2 .Esses argumentos são aplicáveis a todos os tipos de coisa julgada. Contudo, embora a coisa julgada tenha uma aplicação muito ampla, estou limitando a discussão para julgamentos pessoais e coercitivos proferidos por uma corte judicial em um caso cível. Os julgamentos in rem e declaratórios estão sujeitos a regras específicas de coisa julgada. Da mesma forma, julgamentos criminais, julgamentos administrativos e sentenças arbitrais têm força de coisa julgada. Vide CASAD & CLERMONT, nota 1 supra, p. 196-209.

3 .Vide KEVIN M. CLERMONT, PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE 381-86 (4. ed., 2015).

4 .Idem.

5 .RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS § 26(1) (AM. LAW INST., 1982).

6 .DAVID L. SHAPIRO, CIVIL PROCEDURE: PRECLUSION IN CIVIL ACTIONS 14 (2001).

7 .Vide RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS § 18(2) (AM. LAW INST., 1982).

8 .Id. § 27.

9 .Id. § 28.

10 .Vide infra, seção II, B.

11 .Vide Arthur T. von Mehren & Donald T. Trautman, Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach, 81 HARV. L. REV. 1601, 1676 (1968) ("Segue-se, a fortiori, que o sistema alemão não reconhece nenhum efeito do collateral estoppel, qualquer que seja ele").

12 .Vide ALLAN D. VESTAL, RES JUDICATA/PRECLUSION V. 17 a 18 (1969).

13 .Vide Robert Wyness Millar, The Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata, 35 ILL. L. REV. 41, 52-53 (1940) (sugerindo que a ideia germânica levou à issue preclusion, embora hoje em dia a issue preclusion se apoie no julgamento em si e não no comportamento da parte, enquanto a ideia romana eventualmente permitiu que a evolução em alguns países de issue preclusion para claim preclusion). A palavra "estoppel" vem da palavra francesa antiga relativa à parada ou aquilo que para (estoupail). Como Sir Edward Coke explicou, "isso é chamado de estoppel ou conclusão, porque o próprio ato ou aceitação de um homem tapa ou fecha sua boca para alegar ou alegar a verdade". 2 EDWARD COKE, THE FIRST PART OF THE INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND; OR, A COMMENTARY UPON LITTLETON § 667, p. 352a (London, J. & W.T. Clarke, 19- ed., 1832) (1628).

14 .Vide K.R. HANDLEY, SPENCER BOWER AND HANDLEY: RES JUDICATA 324-25 (4. ed., 2009) ("A regra romana [que exigia as mesmas partes e o mesmo "fundamento de pedido"] não distinguia entre o efeito de uma coisa julgada como um impedimento [bar] à contradição e um impedimento [bar] à repetição, mas era uma proibição geral contra a reabertura da coisa julgada, de qualquer forma e com qualquer finalidade").

15 .Marsh v. Pier, 4 Rawle 273, 288 (Pa. 1833).

16 .Vide GEORGE SPENCER BOWER & ALEXANDER KINGCOME TURNER, THE DOCTRINE OF RES JUDICATA 149 (2. ed., 1969).

17 .E.g., 3 BRACTON ON THE LAWS AND CUSTOMS OF ENGLAND 296 (Samuel E. Thorne trans., 1977) (c. 1260) ("A sentença também cai se o requerente alegar que ele perdeu por julgamento, pois a sentença cai por causa da exceção de res judicata [propter exceptionem rei iudicatae]").

18 .SPENCER BOWER & TURNER, nota 16 supra, p. 170-71.

19 .(1598) 77 Eng. Rep. 263, 266, 6 Co. Rep. 7a, 9a (C.P.).

20 .Vide, e.g., 2 HENRY CAMPBELL BLACK, A TREATISE ON THE LAW OF JUDGMENTS, INCLUDING THE LAW OF RES JUDICATA § 500, at 759-61 (2d ed. 1902) (1891); 2 FREEMAN, nota supra 1, § 546, p. 1165-1168; 1 JOHN M. VAN FLEET, RES JUDICATA: A TREATISE ON THE LAW OF FORMER ADJUDICATION 2-3 (Indianapolis, Bowen-Merrill Co. 1895); J.C. WELLS, A TREATISE ON THE DOCTRINES OF RES ADJUDICATA AND STARE DECISIS 1-9 (Des Moines, Mills & Co. 1878).

21 .E.g., Robert von Moschzisker, Res Judicata, 38 YALE L.J. 299 (1929).

22 .Vide CLERMONT, supra 3, p. 381-86.

23 .Vide e.g., ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS (Louis Garb & Julian Lew eds., 2013); ROBERT E. LUTZ, A LAWYER'S HANDBOOK FOR ENFORCING FOREIGN JUDGMENTS IN THE UNITED STATES AND ABROAD 5-9 (2007).

24 .CLERMONT, nota supra 3, p. 425-437, p. 440-452.

25 .Vide Albrecht Zeuner & Harald Koch, Effects of Judgments (Res Judicata), em 16 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: CIVIL PROCEDURE §§ 9-16 a 17 (Mauro Cappelletti ed., 2014).

26 .Vide RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS: ANALYSIS AND PROPOSED FEDERAL STATUTE § 4 (AM. LAW INST., 2006); RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS §§ 94-97 (AM. LAW INST., 1971) (amended 1988); RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 481(1) cmt. c (AM. LAW INST., 1987); Robert C. Casad, Issue Preclusion and Foreign Country Judgments: Whose Law?, 70 IOWA L. REV. 53, 70-76 (1984).

27 .Vide RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS §§ 93, 100 (AM. LAW INST., 1971).

28 .Vide RESTATEMENT OF JUDGMENTS §§ 47-48, 68 (AM. LAW INST., 1942); Austin Wakeman Scott, Collateral Estoppel by Judgment, 56 HARV. L. REV. 1, 1 (1942) ("No [Restatement of Judgments] não lidamos com as numerosas questões de mero procedimento, comumente incluídas nos livros, resumos e enciclopédias sob o título 'Julgamentos'. Limitamos nosso tratamento ao efeito de julgamentos sobre controvérsias subsequentes. Em outras palavras, lidamos com a doutrina da coisa julgada").

29 .E.g., Bernhard v. Bank of Am. Nat'l Trust & Sav. Ass'n, 122 P.2d 892, 893-95 (Cal. 1942) (endossando o nonmutual collateral estoppel, enquanto o Restatement era ainda um rascunho).

30 .E.g., VESTAL, supra nota 12, no V-36 a 42; Developments in the Law—Res Judicata, 65 HARV. L. REV. 818, 820 (1952).

31 .Vide RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS § 17 (AM. LAW INST. 1982).

32 .E.g., B & B Hardware, Inc. v. Hargis Indus., Inc., 135 Suprema Corte 1293, 1302-06 (2015) (estendendo a preclusão de agências administrativas para os tribunais); Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein, 516 U.S. 367, 375 (1996) (estendendo a preclusão estadual para a federal, mesmo para casos de jurisdição federal exclusiva); Univ. of Tenn. v. Elliott, 478 U.S. 788, 796-99 (1986) (endossando a preclusão de agências administrativas para os tribunais); Migra v. Warren City Sch. Dist. Bd. of Educ., 465 U.S. 75, 84-85 (1984) (estendendo a preclusão estadual para federal); Kremer v. Chem. Constr. Corp., 456 U.S. 461, 476 (1982) (endossando a preclusão estadual para federal); Federated Dep't Stores, Inc. v. Moitie, 452 U.S. 394, 401-02 (1981) (rejeitando exceções avulsas à claim preclusion, como "simple justice" ou "public policy," apesar dos fatos da apelação); Allen v. McCurry, 449 U.S. 90, 104-05 (1980) (estendendo a preclusão criminal para a civil); Montana v. United States, 440 U.S. 147, 162-64 (1979) (adotando uma visão restrita das exceções à issue preclusion); Parklane Hosiery Co. v. Shore, 439 U.S. 322, 331-33 (1979) (endossando offensive nonmutual collateral estoppel); Blonder-Tongue Labs., Inc. v. Univ. of Ill. Found., 402 U.S. 313, 324-25 (1971) (endossando o defensive nonmutual collateral estoppel).

33 .Vide Maurice J. Holland, Modernizing Res Judicata: Reflections on the Parklane Doctrine, 55 IND. L.J. 615, 616-20 (1980) (mencionando também a mudança do formalismo no tratamento da coisa julgada como tema de direito público).

34 .Vide e.g., casos citados na nota 32 supra.

35 .Vide Plaut v. Spendthrift Farm, Inc., 514 U.S. 211, 218-19 (1995) ("O artigo III [da Constituição americana] estabelece um 'departamento judicial' com a 'competência e o dever ... de dizer o que é a lei' em casos e controvérsias particulares. O registro da história mostra que os Framers [autores da Constituição] elaboraram esse capítulo do Poder Judiciário com um entendimento expresso de que se concede ao Judiciário Federal o poder, não apenas para decidir sobre os casos, mas para julgá-los, e isso sujeito apenas à revisão pelos tribunais hierarquicamente superiores, conforme a hierarquia do artigo III ... Ao determinar que os tribunais federais reabrissem julgamentos finais, o Congresso violou esse princípio fundamental" (primeira alteração no original) (citando Marbury v. Madison, 5 US (1 Cranch) 137, 177 (1803)).

36 .Vide E. Berlik, Claim Preclusion, Issue Preclusion, and the Various Forms of Res Judicata, VA. BUS. LITIG. BLOG (set. 17, 2015), http://www.virginiabusinesslitigation lawyer.com/2015/09/claim-preclusion-issue-preclus.html.

37 .2 FREEMAN, nota 1 supra, § 627, p. 1321 ("A doutrina da coisa julgada é um princípio universal da teoria do Direito, que compõe os sistemas jurídicos de todas as nações civilizadas").

38 .Id. [vide nota anterior].

39 .Zeuner & Koch, nota 25 supra, § 9-25.

40 .SHAPIRO, nota 6 supra, p. 14.

41 .RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS §§ 18-19 (AM. LAW INST. 1982).

42 .Vide id. § 19.

43 .Id.

44 .Id. §§ 18-19.

45 .Vide id. § 18(2).

46 .Vide id. § 22(2)(a)-(b).

47 .Id. § 19.

48 .Id.

49 .Edward W. Cleary, Res Judicata Reexamined, 57 YALE L.J. 339 (1948).

50 .Id. at 342-46.

51 .Id. at 347.

52 .Vide id. p. 342, 346, 349-350.

53 .Vide RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS § 18(1) (AM. LAW INST. 1982).

54 .Vide Zeuner & Koch, supra nota 25, § 9-26 ("Entretanto, quando um autor que foi vencedor em uma demanda parcial é impedido de pleitear pelas demandas parciais adicionais, o principal objetivo da política não é evitar decisões contraditórias. Pelo

contrário, é a política de concentrar todos os aspectos de uma única controvérsia em um processo, resultando em um único julgamento").

55 .Vide PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE princ. 28 (AM. LAW INST. & UNIDROIT, 2006) (tentando confiar principalmente em uma aproximação mais restrita da claim preclusion).

56 .Vide genericamente RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS §§ 27, 29 (AM. LAW INST., 1982).

57 .GEOFFREY C. HAZARD, JR. ET AL., CIVIL PROCEDURE 608 (6th ed. 2011) (discutindo a preclusão "das questões necessariamente envolvidas na prolação da sentença").

58 .Vide 2 FREEMAN, nota 1 supra, § 676, p. 1426 (tratando da issue preclusion incluindo a bar); id. § 676, p. 1427-1428 (afirmando que o julgamento bloqueia o autor por ser "um estoppel absoluto quanto a qualquer questão que possa ser levantada em apoio" se "a causa de pedir na segunda ação for a mesma que na primeira ação").

59 .Vide id. § 774, p. 1646 (tratando issue preclusion como defensive preclusion); id. § 774, at 1648 ("Não arguir uma defesa equivale a apresentá-la e a vê-la indeferida...").

60 .Validade aqui não significa que um julgamento possua um checklist de atributos. Nesse contexto, validade significa que o julgamento deve ser de qualidade suficiente para resistir a um ataque na forma de um pedido de relief from judgment. Essa formulação pode parecer circular, mas não é. Como o relief from judgment depende de várias técnicas processuais e, em última análise, baseia-se em um equilíbrio discricionário de ações que leva em conta a distância e o tempo da execução, a lei não pode definir o pré-requisito de validade especificando certos atributos de julgamento. Em vez disso, deve definir a validade como o resultado de um processo: para ser válido, um julgamento deve ser de qualidade suficiente para resistir a um ataque na forma de um pedido de relief from judgment. Ou seja, em vez de tentar empregar o tipo mais comum de definição por categoria, a lei usa uma definição operacional, um tipo de definição logicamente consistente que especifica um processo para definir um termo.

61 .Vide RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS § 18 (AM. LAW INST., 1982).

62 .Vide genericamente RESTATEMENT OF JUDGMENTS (AM. LAW INST., 1942).

63 .Vide Taylor v. Sturgell, 553 U.S. 880, 901 (2008) ("Deve-se lembrar que a doutrina da preclusão tem como objetivo reduzir o ônus do litígio para os tribunais e as partes. 'Neste ponto da lei', concordamos, 'regras precisas com cantos pontiagudos' são preferíveis a uma doutrina mais ou menos, de padrões opacos" (citação omitida) (citando Bittinger v. Tecumseh Prods. Co., 123 F.3d 877, 881 (6ª Cir. 1997)); LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ALLOWING FOR EXCEPTIONS 3-8 (2015); CASAD & CLERMONT, supra nota 1, p. 41; Zeuner & Koch, supra nota 25, § 9-105.

64 .Vide RESTATEMENT (SECOND) OF JUDGMENTS, capítulo 1 (AM. LAW INST., 1982).

65 .Vide Nelson v. Adams USA, Inc., 529 U.S. 460, 469-472 (2000) (discutindo

preocupações similares sobre o devido processo).

66 .Vide RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §§ 481(1), 482 (AM. LAW INST., 1987); RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS §§ 92-93, 107 (AM. LAW INST., 1971).

67 .Vide Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 40-46 (1940) (impondo este requisito como matéria do devido processo constitucional).

68 .Vide Taylor, 553 U.S. p. 894.

69 .Vide id.

70 .Vide Kremer v. Chem. Constr. Corp., 456 U.S. 461, 480-83 (1982) (impondo esse requisito como matéria do devido processo constitucional).

71 .Vide Robert Ziff, Note, For One Litigant's Sole Relief: Unforeseeable Preclusion and the Second Restatement, 77 CORNELL L. REV. 905, 929 (1992) (anotando três categorias de "unforeseeable preclusion" como (1) "expansions of issue preclusion," (2) "application of claim preclusion mesmo se o primeiro tribunal não tivesse autoridade," e (3) "application of claim preclusion apesar da intenção do tribunal anterior ou das partes em contrário").

72 .Riordan v. Ferguson, 147 F.2d 983, 988 (2ª Circ. 1945) (Clark, J., discordando).

73 .Vide Montana v. United States, 440 U.S. 147, p. 153-154 (1979).

74 .Vide, e.g., Whole Woman's Health v. Lakey, 769 F.3d 285, 301 (5th Cir.) (anotando que a coisa julgada opera "no interesse da eficiência e da definitividade", retirado em parte de 135 Suprema Corte 399 (2014); Universal Ins. Co. v. Office of the Ins. Comm'r, 755 F.3d 34, 39 (1st Cir. 2014) (limitando as exceções à coisa julgada para promover definitividade e eficiência).

75 .Vide Montana, 440 U.S. p. 154 (anotando que a coisa julgada "promove a confiança na ação judicial, minimizando a possibilidade de decisão inconsistente").

76 .Ziff, nota 71 supra, em p. 911-14.

77 .Vide ROBERT G. BONE, CIVIL PROCEDURE: THE ECONOMICS OF CIVIL PROCEDURE, p. 232-358 (2003).

78 .Vide OSCAR G. CHASE ET AL., CIVIL LITIGATION IN COMPARATIVE CONTEXT 461 (2007).

79 .Vide id. em p. 453, 462.

80 .Vide id. em p. 461.

81 .Vide id. p. 462.

82 .E.g., Casad, nota 26 supra, p. 61-70; vide também CHASE ET AL., nota 78 supra, p. 435-62.

83 .Vide Peter E. Herzog & Delmar Karlen, Attacks on Judicial Decisions, in 16 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: CIVIL PROCEDURE capítulo 8, p. 3-4 (Mauro Cappelletti ed., 2014).

84 .Vide Konstantinos D. Kerameus, Enforcement Proceedings, in 16 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: CIVIL PROCEDURE capítulo 10 (Mauro Cappelletti ed., 2014).

85 .Vide notas 100 e 121 infra.

86 .Vide CHASE ET AL., supra nota 78, em p. 461.

87 .RICHARD H. FIELD ET AL., MATERIALS FOR A BASIC COURSE IN CIVIL PROCEDURE 774-76 (11. ed., 2014).

88 .Vide Casad, nota 26 supra, em p. 62-63.

89 .Vide PETER R. BARNETT, Prefácio à obra RES JUDICATA, ESTOPPEL, AND FOREIGN JUDGMENTS: THE PRECLUSIVE EFFECTS OF FOREIGN JUDGMENTS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, em p. ix (2001) (referindo-se à "coisa julgada, essa parte da lei deliciosamente misteriosa e fundamental").

90 .Vide texto acompanhando nota 13 supra.

91 .SPENCER BOWER & TURNER, nota 16 supra, p. 2-3.

92 .Id. p. 37-39, 152, 157-170; cf. HANDLEY, supra nota 14, p. 107-12 (trazendo a descrição da lei inglesa atualizada).

93 .Vide SPENCER BOWER & TURNER, nota 16 supra, p. 149 ("sua aplicação evita que uma parte pleiteie ou conteste contra a outra parte a existência de uma específica causa de pedir daquilo que já foi decidido"); id. p. 151 (explicando que este estoppel "nega ao réu malsucedido [ou autor] a oportunidade de litigar novamente sobre um caso que ele já perdeu"). Atualmente, a definição de causa da ação é a situação factual que faz nascer um direito para um particular remédio. Vide BARNETT, nota 89 supra, p. 120-121; HANDLEY, nota 14 supra, p. 93-101.

94 .Vide SPENCER BOWER & TURNER, nota 16 supra, p. 355-404 ("A coisa julgada opera de duas maneiras. Além de impedir que as partes contestem qualquer questão ou caso assim decidido, também obsta que a parte que obteve o relief tenha, pois, novamente o

mesmo relief contra a mesma parte").

95 .Vide 2 FREEMAN, nota 1 supra, § 546, p. 1165-1168 (merger); id. §§ 627, 676, 774, p. 1321-1325, 1425-1429, 1646-1650 (issue preclusion, incluindo bar e preclusão de defesa).

96 .Vide HANDLEY, nota 14 supra, p. 103-123; SPENCER BOWER & TURNER, nota 16 supra, p. 149-157. Para manter a discussão simples, eu omiti a elaboração sobre a preclusão inglesa estendida a particulares imediatos, ou para outras pessoas de um in rem judgment. Vide HANDLEY, supra nota 14, p. 125-168.

97 .Vide HANDLEY, nota 14 supra, p. 106-112 (indicando uma tendência inglesa permanente para impedir alguns problemas admitidos e não levantados).

98 .Vide BARNETT, nota 89 supra, p. 23-24, 183-244 (discutindo o novo uso das doutrinas de abuso do processo como uma doutrina estendida da coisa julgada); HANDLEY, nota 14 supra, p. 305-21; ADRIAN ZUCKERMAN, ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE: PRINCIPLES OF PRACTICE capítulo 24 (3. ed., 2013); Garry D. Watson, Issue Estoppel, Abuse of Process and Repetitive Litigation: The Death of Mutuality, em INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON CIVIL JUSTICE 179 (I.R. Scott ed., 1990). Ademais, a Inglaterra recentemente adicionou o início um pouco instável de uma doutrina de jurisdição para determinar a (não) jurisdição. Vide BARNETT, nota 89 supra, p. 145-151.

99 .Vide texto que acompanha nota 14 supra.

100 .Vide CIVIL JUSTICE IN SPAIN 181-192 (Carlos Esplugues-Mota & Silvia Barona-Vilar eds., 2009); FIELD ET AL., nota 87 supra, p. 774-776 (França); PETER L. MURRAY & ROLF STÜRNER, GERMAN CIVIL JUSTICE 355-365 (2004); Casad, nota 26 supra, p. 67-68 (Suécia); Robert Wyness Millar, The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law (p. 1), 39 MICH. L. REV. 1, 21-28 (1940) (Áustria, Dinamarca, Noruega); Pelayia Yessiou-Faltsi, Grécia, em 3 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS: CIVIL PROCEDURE ¶¶ 237-243 (Piet Taelman ed., 2011); Zeuner & Koch, nota 25 supra, §§ 9-78 a 79 (Itália). Compare K.D. Kerameus, Res Judicata: A Foreign Lawyer's Impressions of Some Louisiana Problems, 35 LA. L. REV. 1151 (1975) (descrevendo a velha abordagem civil), com 1 LA. CIV. L. TREATISE, CIVIL PROCEDURE § 6:7 (2. ed. 2008) (descrevendo a mudança do estado em 1990 para a preclusão da commom law).

101 .Vide ROBERT C. CASAD, CIVIL JUDGMENT RECOGNITION AND THE INTEGRATION OF MULTIPLE-STATE ASSOCIATIONS 67-135 (1981); Casad, nota 26 supra, p. 65-66, 68-70. No Brasil, vide LUIZ DELLORE, ESTUDOS SOBRE COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 38-70 (2013).

102 .Vide TAKAAKI HATTORI & DAN FENNO HENDERSON, CIVIL PROCEDURE IN JAPAN § 7.09[8] (Yasuhei Taniguchi et al. eds., rev. 2. ed. 2009); Kuo-Chang Huang, Res Judicata—Its Subjective Scope, 38 TAIWAN JURIST 57 (2005) (artigo em chinês); Soonhyung Kwon, Comparison of Res Judicata in Korea and the U.S., 31 KOR. J. INT'L & COMP. L. 67 (2003).

103 .Vide Casad, nota 26 supra, p. 65; Zeuner & Koch, nota 25 supra, §§ 9-61 a 77, 102 a 103 (discutindo diferentes definições de questões preliminares); texto

acompanhando notas 108 e 115 infra. O Código Alemão, ZPO § 322(1), especifica: "Os julgamentos só podem alcançar força legal na medida em que decidam a questão suscitada na ação ou reconvenção" CHASE ET AL., nota 78 supra, p. 447.

104 .Vide FIELD ET AL., nota 87 supra, p. 774-775 (explicando que demanda significa "o fim que a ação tem em vista" ou "geralmente o mesmo direito jurídico procurado sobre o mesmo assunto"; o ground ou cause significa "os fatos definitivos e o princípio jurídico sobre o qual a ação foi fundamentada"; e "same parties" inclui particulares, mas não a mesma pessoa que depois processa em uma capacidade diferente). O Código Francês, CODE CIVIL [C. CIV.] [CIVIL CODE] art. 1.351, especifica: "A autoridade da coisa julgada se estende apenas ao que foi objeto do julgamento. A coisa requerida deve ser a mesma; a ação deve ser baseada no mesmo fundamento; a ação deve ser entre as mesmas partes e intentada por e contra elas nas mesmas capacidades". FIELD ET AL., nota 87 supra, p. 775.

105 .Vide MURRAY & STÜRNER, nota 100 supra, p. 361 ("Uma decisão é vinculante não apenas para a parte que iniciou o caso, mas também para o réu. Assim, por exemplo, um réu que foi julgado responsável pelo autor em um processo por danos não pode intentar sua própria ação contra o autor que busca uma sentença declaratória de não responsabilidade ou de qualquer limitação de responsabilidade, que seja diretamente inconsistente com a sentença prévia"); Zeuner & Koch, supra nota 25, § 9-102 (tratando de questões preliminares). Uma ilustração de uma questão preliminar ajudaria:

Por exemplo, quando um autor apresenta um processo que procura obliterar o registro da propriedade da terra de um réu, um tribunal deve primeiro decidir quem tem a propriedade da terra. Apesar de o tribunal ter indeferido a ação alegando que o arguido tem a propriedade, o efeito da claim preclusion se aplica à inexistência do direito do autor de exigir a anulação do registo da propriedade do arguido, mas não se aplica ao julgamento da propriedade do réu decidida em razão do parecer. Portanto, o autor não pode novamente apresentar a segunda ação idêntica à ação inicial, mas ele pode novamente apresentar um segundo processo que procura confirmar sua propriedade.

Kwon, nota 102 supra, p. 70-71. Mas uma descoberta final pode ter um efeito como a issue preclusion comum:

Enquanto isso, se o julgamento incluído na ordem de um parecer é o problema interlocutório na segunda ação, ele naturalmente vincula o tribunal e as partes... Por exemplo, quando um autor processa a transferência do objeto depois de vencer uma ação de confirmação de propriedade, na qual a propriedade foi decidida na ordem do parecer, o réu não poderá contestar novamente a propriedade do autor em um segundo processo. Id. 71.

106 .Vide MURRAY & STÜRNER, nota 100 supra, p. 357; cf. Zeuner & Koch, nota 25 supra, § 9-61 ("objeto do processo").

107 .Vide UGO A. MATTEI ET AL., SCHLESINGER'S COMPARATIVE LAW 818 (7ª ed. 2009); MURRAY & STÜRNER, nota 100 supra, p. 357 (Alemanha); Zeuner & Koch, nota 25 supra, § 9-76 (França).

108 .Vide MATTEI ET AL., nota 107 supra, p. 818-819 (descrevendo a lei alemã que permite que o autor processe por parte dos danos e depois processe pelo restante, o que é algo desejável quando os custos e taxas estão vinculados ao montante demandado); MURRAY & STÜRNER, nota 100 supra, p. 357; Zeuner & Koch, nota 25 supra, §§ 9-61 a 62.

109 .Vide J. MARK RAMSEYER & MINORU NAKAZATO, JAPANESE LAW: AN ECONOMIC APPROACH 144-45 (1998) (atribuindo a restritividade da lei de preclusão japonesa ao custo de provar novamente em um sistema que confia fortemente em provas documentais e opera sem jurados); Kwon, supra nota 102, p. 92 (mencionando também que prevalece um litígio "pro se" na Coreia do Sul, desestimulando a lei de preclusão).

110 .Compare von MEHREN & TRAUTMAN, supra nota 11, p. 1676 ("Segue-se, a fortiori, que o sistema alemão não reconhece quaisquer efeitos de collateral estoppel"), com MURRAY & STÜRNER, supra nota 100, p. 358-59, 361 (discutindo extensões menores). Acerca da jurisdição rudimentar para determinar (não) jurisdição, ver ZEUNER & KOCH, supra nota 25, §§ 9-58 a 59.

111 .Vide Hiroshi Motomura, Using Judgments as Evidence, 70 MINN. L. REV. 979, 979 (1986). Por um lado, existem argumentos políticos contra a extensão do peso probatório a descobertas factuais: (1) combinar uma decisão passada com novas provas, especialmente novas provas orais, é um pouco como combinar maçãs e laranjas, (2) os júris dos EUA teriam dificuldade especialmente em pesar uma decisão passada e (3) a abordagem da prova carece da vantagem da coisa julgada de evitar totalmente o julgamento, um estágio processual especialmente oneroso nos sistemas da common law. Por outro lado, os sistemas de common law empregam stare decisis. Com a intenção de dar estabilidade à lei e melhorar o desempenho judicial, esta doutrina prevê que a decisão de um tribunal sobre uma questão legal será normalmente seguida sem uma reconsideração séria, pelo mesmo tribunal, e quaisquer tribunais inferiores na hierarquia judicial, em casos futuros com os mesmos fatos. Contrastado com a coisa julgada, stare decisis (1) permite aos tribunais lidar com precedentes de forma mais flexível, (2) aplica-se apenas a questões de direito, bem como apenas a holdings [conclusões] e não a dicta [aquilo que é dito de forma lateral], e (3) aplica-se mesmo em casos envolvendo partes totalmente novas de ambos os lados. Id. p. 1017-1018.

112 .Vide FIELD ET AL., nota 87 supra, p. 776; MATTEI ET AL., nota 107 supra, p. 822-823; cf. CARL F. GOODMAN, JUSTICE AND CIVIL PROCEDURE IN JAPAN 421 (2004) (descrevendo efeitos informais de um julgamento anterior no burocrático Judiciário japonês).

113 .FIELD ET AL., nota 87 supra, p. 776.

114 .O surgimento de uma lei mais ampla da União Europeia para a coisa julgada é outra tendência digna de nota. Vide BRITISH INST. OF INT'L & COMPARATIVE LAW, THE EFFECT IN THE EUROPEAN COMMUNITY OF JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS: RECOGNITION, RES JUDICATA AND ABUSE OF PROCESS 5 (2009). Compare MURRAY & STÜRNER, note 100 supra, p. 365-66, com HANDLEY, nota 14 supra, p. 328.

115 .Vide LOÏC CADIET & EMMANUEL JEULAND, DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ 572-74 (8ª ed. 2013). Compare FIELD ET AL., nota 87 supra, p. 775-76, com PETER HERZOG & MARTHA WESER, CIVIL PROCEDURE IN FRANCE 551-55 (Hans Smit ed., 1967) (dando uma visão mais velha e mais restrita). Enquanto a França alterava suas previsões por força de decisões judiciais, a Espanha dava passos similares legislativamente. Vide Robert C. Casad, Issue Preclusion in the Law of Spain: Cosa Juzgada Positiva, em LAW AND JUSTICE IN A MULTISTATE WORLD 595 (James A.R. Nafziger & Symeon C. Symeonides eds., 2002).

116 .Vide Yessiou-Faltsi, nota 100 supra, ¶ 242; cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, What

Is Covered by Res Judicata in Brazilian Civil Procedure Law: The Current Law and Perspectives of Change, em THE DYNAMISM OF CIVIL PROCEDURE-GLOBAL TRENDS AND DEVELOPMENTS 267 (Colin B. Picker & Guy I. Seidman eds., 2016) (discutindo projeto de lei [que se transformou no CPC15] que criaria alguma issue preclusion). Enquanto a Grécia reformava suas regras pela via legislativa, Portugal deu passos similares por via de decisões judiciais. Vide MATTEI ET AL., nota 107 supra, p. 820-821 (também mencionando outros países como exemplo); cf. id. p. 823 (mencionando o uso das ações declaratórias da civil law).

117 .Vide Takeshi Kojima, Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective, 46 U. KAN. L. REV. 687, 693-696 (1998).

118 .Vide Takeshi Kojima, Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective, 46 U. KAN. L. REV. 687, 693-696 (1998).

119 .Vide HATTORI & HENDERSON, nota 100 supra, § 7.09[8][b][i] (discutindo os novos usos dos princípios da boa-fé como um tipo de collateral estoppel); cf. Casad, nota 26 supra, p. 66-67 (descrevendo os primeiros movimentos japoneses nessa direção). Com uma história diferente, a Tailândia está mostrando uma trajetória similar de claim preclusion para uma lei de collateral estoppel baseada em casos concretos. Vide Huang, nota 102 supra. Começou com o Código de Processo Civil tailandês que, em seu art. 400, prevê: "Exceto quando disposto em sentido contrário, a coisa julgada existe em relação a uma demanda, proferida em uma sentença final com efeito vinculante". Vide também Kwon, nota 102 supra, p. 67-68 ("O CPC (LGL\2015\1656) c[oreano] reconhece a coisa julgada (claim preclusion), mas, em princípio, não reconhece collateral estoppel (issue preclusion)"); cf. id. p. 72-73, 75, 87-88, 90 (reportando suporte acadêmico ao collateral estoppel).

120 .John Quigley, Socialist Law and the Civil Law Tradition, 37 AM. J. COMP. L. 781, 800, 808 (1989) (apontando "a conexão histórica do Direito socialista com a civil law e a relevância contínua no Direito socialista das regras, métodos, instituições e procedimentos da civil law.").

121 .Vide Kirill Trofimov, Russian Federation (Rússia), em 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS: CIVIL PROCEDURE ¶ 322 (Piet Taelman ed., 2013) ("A doutrina legal da coisa julgada impede novo litígio sobre a mesma demanda entre as mesmas partes... [se] idêntica... por motivos e por meio de uma medida requerida"); Zeuner & Koch, nota 25 supra, §§ 9-30, 39; cf. Viorel Mihai Ciobanu & Claudia Ana (Moarcăş) Costea, Romênia, em 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS: CIVIL PROCEDURE ¶¶ 225-226 (Piet Taelman ed., 2013); Katalin Kelemen & Balázs Fekete, How Should the Legal Systems of Eastern Europe Be Classified Today?, in INTERNATIONAL CONFERENCE FOR THE 10TH ANNIVERSARY OF THE INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, 2014, p. 197, 207 (A. Badó et al. eds., 2015), http://ssrn.com/abstract=2614944; Imre Szabó & Adél Köblös, Hungary, em 3 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS: CIVIL PROCEDURE ¶¶ 238-240 (Piet Taelman ed., 2014).

122 .Meyer-Reumann & Partners, Res Judicata em Sharjah Rent Law, LEX ARABIAE (abr., 2014), http://lexarabiae.meyer-reumann.com/res-judicata-in-sharjah-rent-law/. Compare AHMED AKGÜNDÜZ,

INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW: ISLAMIC LAW IN THEORY AND PRACTICE 29-30 (2010) (arguindo que o conceito de West's de coisa julgada pode ter origem islâmica), com H. PATRICK GLENN, LEGAL TRADITIONS OF THE WORLD 188 (5. ed. 2014)

(arguindo que a coisa julgada islâmica é enfraquecida pela ampla relied do julgamento obtido no tribunal de processamento). Obviamente, muitos países muçulmanos têm sistemas legais mistos, cuja coisa julgada apresenta sinais de civil law, vide, e.g., Abdellah Boudahrain, Morocco, em 5 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS: CIVIL PROCEDURE ¶¶ 518-520 (Piet Taelman ed., 1998), ou de common vide, e.g., Mirazul Hossain Khan, Bangladesh, em 1 INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS: CIVIL PROCEDURE ¶ 253 (Piet Taelman ed., 2006). Vide também Res Judicata and Code of Civil Procedure, LAWTEACHER, http://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/res-judicata-and-code-of-civil-procedure – constitutional-law-essay.php (acessado em abr. 1, 2016) (descrevendo a coisa julgada na Índia como "um conceito onipresente que se encontra em todas as jurisdições do mundo") e "entendido no passado distante tanto por advogados hindus quanto por juristas muçulmanos"); cf. GLENN, supra, p. 294 (sobre a lei hindu).

123 .Vide BARNETT, nota 89 supra, p. 24.

124 .Vide Meyer-Reumann, nota 122 supra; vide também Yuval Sinai, Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective, 21 DUKE J. COMP. & INT'L L. 353, 387-388 (2011).

125 .Vide GLENN, nota 122 supra, p. 105 ("Dito de outra forma, a noção de coisa julgada (chose jugée, Rechtskraft) tem pouco ou nenhum espaço no pensamento, e a solução verdadeira é de maior valor que a eficiência e a estabilidade decisórias"); Sinai, supra nota 124, p. 387-394 ("Fontes rabínicas indicam que, se o tribunal absolve o réu em um processo e o autor propõe uma ação contra o réu em outro tribunal, o réu não precisa litigar ou responder à ação do autor no segundo tribunal; ademais, não é permitido que o segundo tribunal ouça o autor, porque o réu já foi absolvido pelo primeiro tribunal. Portanto, alguns princípios pertinentes à coisa julgada podem ser encontrados na lei judaica, mas esse papel é mínimo. No sistema jurídico judaico, um julgamento está, em princípio, sujeito à revisão, normalmente pelo tribunal que o proferiu").

126 .Vide STEPHAN GOLDSTEIN ET AL., CIVIL PROCEDURE IN ISRAEL 138-43 (2. rev. ed., 2013); Casad, nota 26 supra, p. 63 (Israel); Eliahu Harnon, Res Judicata and Identity of Actions Law and Rationale, 1 ISR. L. REV. 539, 541-542 (1966).

127 .Sinai, nota 124 supra, p. 387-388.

128 .Id.

129 .Id. p. 396.

130 .Id.

131 .Id. p. 395.

132 .Vide Michelle Greenberg-Kobrin, Religious Tribunals and Secular Courts: Navigating Power and Powerlessness, 41 PEPP. L. REV. 997, 1008 (2014).

133 .Vide Sinai, nota 124 supra, p. 387-388.

134 .Vide id. p. 389-393.

135 .Vide Dale Beck Furnish, The Navajo Nation: A Three-Ingredient Mix, 12 ELEC. J. COMP. L., May 2008, n. 1, art. 8, p. 22, http://www.ejcl.org/121/art121-8.pdf (debatendo "um aspecto importante da natureza consensual da lei de Navajo").

136 .REBECCA REDWOOD FRENCH, THE GOLDEN YOKE: THE LEGAL COSMOLOGY OF BUDDHIST TIBET 9, 126, 137-140, 344-345 (1995); vide também Tenzin Namgyal, History of Tibetan Legal System, TIBETAN POL. REV. (dec. 18, 2013), https://sites.google.com/site/tibetanpolitical review/articles/historyoftibetanlegalsystem.

137 .Namgyal, nota supra 136.

138 .Daniel P. Strouthes, Aboriginal and Indigenous Peoples, Legal Systems of, 1 ENCYCLOPEDIA OF LAW & SOCIETY 1, 2 (David S. Clark ed., 2007).

i Nota do tradutor: Uma moção de "relief from the judgment" é um pedido feito ao tribunal para a correção de erro material, ou seja, um erro que resulta num julgamento incorreto da intenção do tribunal ou que retira da parte o julgamento por inadvertência, surpresa ou negligência escusável, nova prova que não poderia ter sido descoberta por meio de diligência a tempo para um novo julgamento, sendo o julgamento resultado de fraude, má interpretação ou má conduta da parte contrária.

ii Nota do tradutor:

– Cláusula de "full Faith and credit" aborda os deveres que cada Estado, nos EUA, tem de respeitar os atos públicos, registros e procedimentos judiciais de qualquer outro Estado.

– Cláusula de "International comity" é a prática de cortesia entre as nações. Ela ocorre quando um país demonstra respeito pelas leis, decisões e instituições de outro.

iii Nota do tradutor: O Restatement of the Law é uma compilação, resultado de encontros acadêmicos onde se debatem diversos temas, capitaneados pelo American Law Institute. Ainda que nãojurisdicionais ou legislativos, considerando o modelo da Common Law, acabam sendo bastanterelevantes no cotidiano forense. Existem Restatements sobre diversos temas (https://www.ali.org/publications/#publication-type-restatements). O artigo destaca o Restatement of Judgments (firste second). Pensando na realidade brasileira, talvez o mais semelhante seriam as Jornadas do Conselho da Justiça Federal (CJF) – mas, por certo, não se tratando de um perfeito paralelo, considerando os sistemas distintos.

iv Nota do tradutor: No Brasil, por transational set of facts (expressão do texto original), pode-se entender a relação jurídica - debate que, aqui, dá-se sob a perspectivada teoria da substanciação(adotada pelo Código, que leva em conta os fatos narrados na inicial) ou teoria da individuação(que leva em conta a relação jurídica debatida).

v Nota do tradutor: Preclusão para apresentação de defesa ou preclusão das matérias de defesa.

vi Nota do tradutor: No original, no lugar de "representante" consta "privies", que, no português, seria algo como o representante da parte, porém também sujeito à coisa

julgada. No modelo americano, há as partes, os privies e os estranhos. Privies são terceiros, mas estão tão próximos da parte que são atingidos pela coisa julgada (CLERMONT, K. CIVIL PROCEDURE, p. 299, 11. edição).

vii Nota do tradutor: Relief from judgment e relief from a civil judgment, no contexto do artigo, podem ser entendidos como sinônimos.

viii Nota do tradutor: F-1 = Fórum número 1, no sentido de ser uma causa ajuizada em um determinado Estado.

ix Nota do tradutor: collateral attack ou collateral impeachment de uma decisão é a tentativa deimpugnar o efeito dessa decisão, ao reabrir o mérito da causa ou demonstrar motivos pelos quaiso julgamento não deveria ter sido proferido, em um procedimento incidente.

x Nota do tradutor: Esses dois parágrafos que iniciam este tópico não constavam no artigo originale foram inseridos pelo autor pós-debates com o tradutor, pensando no leitor brasileiro.

xi Nota do tradutor: No modelo brasileiro, o melhor exemplo seria pleitear em dois processos distintos danos morais e materiais – mas esse não é um bom exemplo para a realidade norte-americana.

xii Nota do tradutor: A afirmação encontra algum paralelo no direito canônico católico-romano.

xiii Nota do tradutor: O quadro do artigo original não trazia o Brasil; sua inclusão foi feita, pelo autor,para esta tradução.